

Sumário

Entrevista

Juizado Especial Federal

Juíza Federal Daniela Zarzar Pereira de Melo

Artigos Doutrinários

Estado de Direito e Fundamentabilidade dos Direitos Humanos nos Paradigmas Liberal, Social e Democrático

Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz

A Teoria Moderna do Crime Omissivo,

Promotora de Justiça Luciana Sperb Duarte

Questões Controvertidas acerca da Exigibilidade da Prática Forense nos Concursos Jurídicos

Dr. Hugo César Amaral

Tópicos Jurídicos

Breves Reflexões sobre o Homossexualismo

Juiz de Direito Vitor F. Kümpel

Lei 9.099/95 e Ação Penal Privada

Promotor de Justiça André Estefam Araújo Lima

Promotor de Justiça Luiz Antônio de Souza

Súmula 49 do TRF-1ª Região

IUJAC 93.01.25154-0/MG, 71

Rel. designado: Des. Federal José Amilcar Machado

Acórdãos – Inteiros Teores

Corte Especial – Conflito de competência. Ação popular. Similitude de resultado. Ação de

improbidade administrativa

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral
CC 2001.01.00.020216-8/DF

1ª Seção – Função gratificada. Auxiliar especializado. Isonomia. Agente de segurança judiciária. Impossibilidade

Rel.: Des. Federal Carlos Moreira Alves
EIAC 1997.01.00.024857-7/DF

2ª Seção – Desapropriação. Intervenção do MPF. Desnecessidade

Rel.: Des. Federal Carlos Olavo
AR 2000.01.00.032384-9/MT

3ª Seção – Responsabilidade civil. Perda do *ius possidendi*. Destinação da área a outra pessoa. Indenização substitutiva

Rel. p/ acórdão: Des. Federal João Batista Moreira
EIAC 2000.01.00.133996-9/MT

4ª Seção – Cofins. Isenção. Revogação. Prestadora de serviços médicos

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral
EIAC 2002.39.00.003573-4/PA

1ª Turma – Indenização. Licenças-prêmio não gozadas

Rel.: Des. Federal José Amilcar Machado
AC 2002.34.00.000514-1/DF

2ª Turma – Servidor público. Transposição. Analista de finanças e controle. Tempo de serviço em nível médio. Inadmissibilidade

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Carlos Moreira Alves
AC 92.01.08077-8/DF

3ª Turma – Tráfico internacional. Auxiliar o envio de criança ao exterior

Rel.: Des. Federal Cândido Ribeiro
ACr 2003.38.00.025772-2/MG

4ª Turma – Reduzir alguém à condição análoga à de escravo. Competência. Ausência de interesse específico da União

Rel.: Des. Federal Carlos Olavo

HC 2004.01.00.049467-6/MT

5ª Turma – Concurso público. Polícia Rodoviária Federal. Exame psicotécnico. Caráter sigiloso e irrecurível. Resultado imotivado. Inconstitucionalidade

Rel.: Des. Federal João Batista Moreira

AC 2000.01.00.035644-6/BA

6ª Turma – Ação civil pública. Contratação de intérpretes para auxiliar alunos deficientes auditivos

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Ag 2004.01.00.037094-5/MG

7ª Turma – Exercentes de mandato eletivo municipal. Antecipação de tutela eximindo-os da contribuição previdenciária

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Ag 2004.01.00.046453-6/GO

8ª Turma – Refis. Exclusão. Intimação via internet. Ilegalidade

Rel.: Des. Federal Leomar Amorim

AMS 2003.34.00.023129-0/DF

1ª Turma Suplementar – Servidor autárquico federal cedido a empresa pública federal. Exercício de função comissionada na entidade cessionária. Incorporação de quintos

Rel.: Juiz Marcelo Dolzany da Costa

AC 1998.01.00.038956-3/DF

2ª Turma Suplementar – Juiz classista. Licença médica não formalizada. Incapacidade. Óbito. Pensão com vencimentos proporcionais

Rel.: Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz

AC 2000.01.00.056160-7/MG

3ª Turma Suplementar – Registro de alteração contratual. Indeferimento. Existência de débito fiscal

Rel.: Juiz Wilson Alves de Souza

AMS 1997.01.00.060959-0/DF

Breviário

Confira outros assuntos relevantes julgados pelo TRF-1ª Região, cujos inteiros teores poderão

ser consultados na internet (www.trf1.gov.br)

Indenização. Doença profissional. Competência

Ervanaria. Registro. CRF. Desnecessidade

Contestação. Imtempetividade. Informação equivocada. Sistema informatizado

Desapropriação. Indenização paga a maior

Ensino superior. Congeneridade

Falso testemunho. Co-autoria. Advogado

CDA. Direito de defesa administrativa. Comprovação. Necessidade

Prisão disciplinar militar. Controle judicial

Repositórios Oficiais de Jurisprudência

Confira a lista de todos os Repositórios Oficiais de Jurisprudência do TRF-1ª Região

Normas para envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

Entre vista

Juizado Especial Federal

Daniela Zarzar Pereira de Melo*

À frente do Juizado Especial Federal, a Juíza Federal Daniela Zarzar descortina nesta entrevista um panorama da atual situação e das ações do JEF da 1ª Região. Passa por temas como Juizado Itinerante, processos virtuais, a execução peculiar ao JEF e outros tantos, de igual importância.

Revista: Há quanto tempo o Juizado Especial Federal está em funcionamento?

Daniela Zarzar: O Juizado Federal aqui de Brasília foi instituído em abril de 2002.

De lá para cá, embora com uma deficiência tanto de servidores como de juízes, o resultado que conseguimos observar é de uma grande produtividade: são inúmeros processos julgados, arquivados, cujas sentenças as pessoas já receberam ou, se não, estão recebendo no momento, mas com grande êxito.

Cada pessoa que chega aqui recebe a sua sentença na hora, ou se não, quando se trata de uma causa de massa, em que, portanto, o volume e a demora são um pouco maiores, sabe que vai ter a decisão, de uma forma muito mais célere do que a das Seções Judiciárias.

E isso é muito alentador para o juiz, porque vê a resposta de suas decisões no rosto das pessoas.

Outro dia mesmo, nem precisei terminar a audiência, porque o INSS propôs acordo e a parte aceitou. Quando eu ia assinar a decisão, o marido da autora começou a chorar de felicidade por ver a solução tão rápida e tão simples do caso dela e as pessoas tratando-a tão bem, tanto o procurador do INSS quanto o Judiciário.

Isso é resposta e é cidadania.

Revista: E que matérias têm sido mais abordadas pelas pessoas que procuram o Juizado Especial?

Daniela Zarzar: A peculiaridade do DF é de causas de servidores públicos, mas, além dessas, temos uma demanda grande, naturalmente, de causas previdenciárias, inclusive, causas de servidores públicos. Afora isso, temos ainda um resquício de causas envolvendo o FGTS, outras de Tributário, e causas diversas como, por exemplo, relativas a concursos públicos, ou a alguma instituição de financiamento. Há ainda alguma coisa de financiamento imobiliário e até financiamento de uma forma geral, para revisão de contratos.

Temos também causas de natureza indenizatória, de danos morais, de danos materiais, envolvendo os mais diversos entes com foro na Justiça Federal.

Revista: A possibilidade de comparecimento da parte ao Juizado Especial Federal, sem a presença de advogado, tem ocasionado a atuação legal de advogados práticos ou leigos, mediante cobrança. Isso não conflita com o art. 133 da Constituição, que limita ao advogado a possibilidade de postular em juízo?

Daniela Zarzar: Se de um lado facultamos às pessoas que tenham um acesso melhor à Justiça, de outro, vemos uma quantidade muito grande de ações já de início, frustradas, causas perdidas, que não têm êxito.

Esse é o grande problema de você autorizar a capacidade postulatória. Primeiro, porque quando a parte ouve um boato de que ela tem direito, dá entrada no processo, tumultuando muitas vezes, desgastando a própria população que tem de ficar enfrentando filas, às vezes na chuva ou no sol, porque o espaço físico não comporta.

Outro aspecto negativo, do ponto de vista da administração do JEF, é o seguinte: como a pessoa não conhece o meandro jurídico, as expressões jurídicas e até as fases do procedimento que existem, as filas aqui nos guichês de atendimento são um pouco maiores, porque os servidores demoram mais no atendimento. Eles têm de explicar, se o processo está concluso com o juiz, que tão logo ele decida a pessoa vai ser intimada.

Então, tem-se de explicar o que é “intimado”, o que é “concluso”, qual vai ser o próximo passo, porque a pessoa não sabe.

Costumamos fazer a intimação por telefone. Só que a pessoa atende ao telefone e, às vezes, até foge do oficial de justiça. As pessoas atendem, não sabem e perguntam: mas o que é “improcedente”? O que é “procedente”? Então, o oficial de justiça demora mais na intimação, porque tem de explicar tudo.

Também o nosso atendimento aqui é de certo modo prejudicado por essa deficiência. E, claro, se você tivesse com um advogado, o seu advogado é que iria responder a essas perguntas, e não a Vara.

Direcionando para o que você me perguntou, existe atuação de pessoas que, muitas vezes, nem são estudantes, nem têm conhecimento jurídico, mas que fazem as vezes de intermediário.

Aqui mesmo no Juizado, existe uma ou outra pessoa. Parece-me que há uma pessoa assim. E ela deve fazer cobrança. Nós não sabemos como se dá essa relação entre o cliente e ela. Ela atende numa associação, que, parece-me, é no Sindicato dos Rodoviários ou Sindicato dos Transportes. E traz essas pessoas aqui ao JEF, intitula-se “executiva”, vai para as audiências, acompanhando a pessoa.

De outra parte, há também o lado bom disso. As vezes, é por meio do intermediário que a parte toma ciência de que faz jus a algum direito – geralmente, benefício previdenciário. Então, se a parte já conseguiu resolver a sua pretensão e obter o benefício, de certo modo, existe uma compensação.

E quanto ao fato de conflitar com a indispensabilidade do advogado, é certo que a função da advocacia é essencial à Justiça. Sem a advocacia nós não conseguiríamos atender à população da melhor forma possível.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que, em determinadas matérias, escinde-se da assistência do advogado, como, por exemplo, para impetrar *habeas corpus*, para atuar nos Juizados Especiais, à luz ainda da legislação estadual, para atuar em diversas situações. Parece-me que até na Justiça Trabalhista.

Enfim, uma infinidade de situações em que a pessoa está à margem da Justiça, e passa a ser mais facilmente atendida pelo Judiciário. Essa necessidade de acesso à Justiça, independentemente de qualquer condição, pelo Poder Judiciário, é vista desta forma: é muito melhor você privilegiar o direito da parte de acessar o Judiciário do que reprimi-lo, impondo a necessidade de um advogado.

E aí a peculiaridade do Juizado Especial: causas que muitas vezes não interessariam aos advogados, que estariam de fora, à margem completamente da Justiça.

Então, para esses tipos de causas, é que se instituiu o Juizado Especial. A finalidade é esta: abranger uma maior quantidade de pessoas que estavam à margem da Justiça, ou por desconhecimento, ou porque suas causas, teoricamente, não interessariam à advocacia.

Temos causas, por exemplo, de pessoas que reclamam por R\$ 500,00 (quinhentos reais), R\$ 700,00 (setecentos reais), que foram saques indevidos em contas correntes. Isso acontece muito. Então, muitas vezes, o advogado não teria interesse. E elas vêm

até aqui, têm sua causa atermada, nós fazemos a audiência e, se for o caso, até a Caixa Econômica reconhece o direito dela, se constatado o equívoco.

Revista: E como tem sido a experiência do JEF com os processos virtuais?

Daniela Zarzar: Os processos virtuais vieram como a solução para a Justiça brasileira. Digo isso, inclusive, em relação à Justiça Federal, porque na Justiça Federal existe uma grande quantidade de causas que são repetidas, causas que são de massa, como, por exemplo, FGTS, a contribuição social envolvendo o décimo terceiro salário, a revisão dos expurgos inflacionários sobre o PIS/Pasep etc.

Todas essas causas são matérias que se multiplicam, porque interessam a mais de uma pessoa. O caráter multiplicativo dessas causas provoca, não o ajuizamento de uma ação, mas de setenta mil, como aconteceu com o PIS/Pasep. Outras Seções Judiciárias têm um acervo muito maior.

Então, o objetivo do JEF virtual é exatamente alcançar esse tipo de causa, porque vamos imprimir maior celeridade ao processo, se não tivermos a necessidade de autuá-lo, furar o papel, colocar a capinha, colocar o registro, numerar as páginas. Isso tudo demora, e não podemos trabalhar com demoras. Temos de ganhar agilidade em coisas mais produtivas.

Pensando nisso é que foi constituído esse processo virtual, no qual a petição inicial, os documentos juntados a ela, todos os despachos, a sentença, tudo vai no computador.

Sem falar na realidade de que a pessoa, de casa, poderá ter acesso ao processo. E aí você me pergunta: mas as pessoas que acorrem ao Judiciário, principalmente no Juizado de Pequenas Causas, muitas vezes, são pobres e não têm acesso a computador. Tudo bem, elas não têm acesso, mas elas podem ter um parente, um amigo que tenha e podem consultar. E mais: aqui mesmo no Juizado, colocamos à disposição um sistema e pessoas que são orientadas e instruídas para informar o público. Isso sem falar na central de atendimento pelo telefone, que permite também esse contato.

Revista: Então qualquer pessoa pode entrar na internet e ver esse processo?

Daniela Zarzar: Ver o *próprio processo*. Ela não precisa vir até a secretaria para folheá-lo e saber o que está ocorrendo.

Revista: Mas não precisa ser parte, necessariamente?

Daniela Zarzar: Não, qualquer pessoa. Está disponível ao público.

Outra questão que é colocada: mas e os documentos? Muitas partes reclamaram por ver o seu CPF, ver até o seu contracheque disponibilizado na internet, e vieram até com reclamações ao Juizado, e a solução, nós demos: os documentos ficarão acessíveis apenas aos advogados cadastrados na causa e aos juízes. As partes externas não terão acesso aos documentos, mas somente à petição inicial.

São soluções que vamos criando à medida que os problemas são apresentados. Essa é a grande peculiaridade.

O nosso objetivo com o Juizado virtual, além desses processos de massa, é alcançar todos os processos. Hoje, ainda temos alguns processos que são ajuizados pelo sistema antigo, de papel.

E mais: já estamos criando algumas soluções mais eficazes para que o cadastramento no virtual seja mais célere, mais imediato do que acontece hoje.

Hoje, no virtual, ainda existe uma demora muito grande no protocolo de cada uma das ações, na digitalização daquele documento. E essa demora não condiz, por exemplo, com próximas ondas, os *booms* de processos de causas que acontecem, como foi o caso da contribuição do décimo terceiro.

No final do ano passado, tínhamos aqui filas que desciam os corredores e se estendiam contornando o prédio.

Filas com esse tamanho, com pessoas que muitas vezes chegavam com cinqüenta, cem, mil ações. No dia 17 de dezembro, foram ajuizadas 5.500 ações dessa matéria. Só num dia.

Esses *booms* de processos muitas vezes são incompatíveis com a disponibilidade de computador para fazer a digitalização. E aí, como a entrada dos dados e a digitalização estavam sendo muito lentas, na oportunidade, determinei que fosse feito o recebimento da petição como processo físico, para distribuímos posteriormente. Isso, para facilitar o recebimento, porque senão iríamos atravancar o JEF e nunca chegaríamos ao fim, causando frustração à população.

Revista: Em questão de recursos humanos e materiais, o JEF está bem estruturado?

Daniela Zarzar: No início, a situação era muito precária, porque a lei que o instituiu, – Lei 10.259/01 – não previu a estruturação com cargos de analistas, de técnicos e até de juízes. E isso trouxe, para a Justiça Federal, um entrave muito grande, porque tínhamos a necessidade, o dever de implantar o sistema, de fazer a coisa funcionar, porque a lei e a Constituição determinavam, mas não tínhamos pessoal suficiente.

E essa realidade trouxe para o Juizado a peculiaridade de, por exemplo, como foi o caso de Brasília, numa só Vara, ter cinco juízes trabalhando, ter uma secretaria com vinte pessoas, dentre servidores contratados, que são prestadores de serviços, e servidores do próprio quadro, que eram, muitas vezes, trazidos das Varas Federais. Depois, houve um concurso e foram providas algumas vagas.

Esse panorama perdurou até a edição da lei de 2003, que criou novas Varas Federais, para a interiorização. E o Tribunal, sabiamente, destinou vagas que estavam previstas nessa lei para o JEF, na capital. E, nessa situação, foram instaladas duas Varas, a 23ª e a 24ª.

Então já houve a disponibilidade de vagas para o Juizado; Varas com dois juízes, com seu quadro de pessoal já estruturado.

Mas não houve a previsão do quadro para a Turma Recursal, para os serviços de atermação, e distribuição. Tudo isso se faz a partir de disponibilização de servidores das Varas, e de nós mesmos, das Varas de Juizados, que cedemos nossos servidores para atuarem nesse quadro.

Com isso, nosso resultado é uma diminuição do número de servidores atuando nas Varas. E aí você me pergunta: mas como, se temos aqui em andamento algo em torno de setenta mil ações, fora essas quarenta que estão por distribuir; e as Varas da Justiça não têm esse mesmo volume?

Existe carência de pessoal, mas, hoje, já está de certo modo satisfeita em função até da vinda de mais duas outras Varas que foram instaladas de modo que vamos conseguir chegar a um estágio mais ou menos de equilíbrio. Claro, se não houver uma outra onda de ações.

Do ponto de vista dos recursos materiais, somos bem atendidos quando precisamos.

O JEF passou por muitas dificuldades, da sua fase embrionária até a sua fase de implantação efetiva: apenas dois juízes atuavam em 2002; posteriormente, em 2003, chegaram mais três, éramos cinco; em 2004, esse número de cinco muitas vezes não conseguiu se manter.

O número ideal seria seis, mas nunca conseguimos manter esse quadro fechado, porque havia férias de servidor e de juiz, juiz convocado, juiz em trânsito. Então, no final das contas, tínhamos mais ou menos um número de quatro juízes aqui.

E, neste ano, temos oito juízes.

Do ponto de vista de toda essa evolução, o que vemos é que os Juizados saíram do papel e se tornaram realidade, com tanto êxito, por causa da criatividade dos juízes de solucionar problemas que apareciam, de uma forma menos burocrática e mais otimizada de todas as realidades.

Assim como o processo virtual veio para acorrer a essa necessidade, também outras soluções foram criadas do ponto de vista processual, procedimental, como, por exemplo, a desnecessidade de audiência em todos os processos.

A lei prevê audiência e tudo. Só que, como a peculiaridade do Juizado Federal é de causas em que se discute apenas matéria de direito, nas quais você não precisa fazer prova em audiência, para que exigir a presença da pessoa em processos que já são conhecidos, como, por exemplo, os de revisão do expurgo inflacionário do FGTS? Não haveria essa necessidade.

E essa simples idéia posta em prática pelos dois juízes que compunham as Varas, Dr. Flávio Dino e Dra. Adverci, já ajudaram a diminuir o número de audiências, de modo que as pessoas, hoje, não têm a necessidade de marcar audiência com um ano de antecedência. Aqui, no Juizado, a média é de um mês. Então, para a parte que chega e marca, é muito alentador.

Outro aspecto que adveio a partir dessa carência de pessoal e de material foi a uniformização, porque, como éramos uma Vara só, e todos os servidores trabalhavam juntos, todos os juízes se uniam e definiam as teses e os procedimentos de uma forma unitária.

E essa uniformização foi vital para o bom andamento do Juizado. E ainda hoje com a fusão em quatro Varas, temos a peculiaridade de sermos quatro Varas, mas que andam com um procedimento muito similar em termos de organização, em termos de separação de pessoal para fazer tal e qual atividade.

Nas Varas Cíveis, você não observa igual providência, quer dizer, cada Vara, cada juiz tem o seu processo civil, segue a sua ótica.

Revista: E, no JEF, o rito de execução também é mais ágil?

Daniela Zarzar: É. No Juizado, existe a previsão constitucional de que a execução contra a Fazenda Pública não siga a forma de precatório, mas sim a forma de Requisição de Pequeno Valor–RPV.

Como envolvem valores até sessenta salários mínimos, hoje R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), as RPV's são feitas de uma forma mais simplificada que os precatórios e são dirigidas ao presidente do Tribunal, que tem até sessenta dias para pagar, depois que o processo chega até ele. Trata-se de um procedimento muito mais célere, muito mais rápido. É o que conseguimos visualizar.

E nós, aqui de Brasília, temos engendrado todos os esforços na emissão dessas RPV's. Com a fusão das duas Varas, passei aqui um dia, praticamente, só assinando RPV. Só eu devo ter assinado, por baixo, em torno de três mil RPV's.

Então, são três mil processos que vão seguir para o Tribunal, o Tribunal vai devolvê-los, nós vamos pagar e o processo morreu. Acho que a questão que deveria ser colocada é a seguinte: não adianta o Juizado ficar sempre pensando no número de processos que existem. O mais importante é o Tribunal ver quem está conseguindo terminar, quem está conseguindo concluir, e o está fazendo com responsabilidade, para que não haja um número tão grande, que leve a uma inviabilidade do procedimento.

Assim como é importante termos causas até para motivar a exigência perante o Tribunal no sentido de mandar reforços do ponto de vista de pessoal, de juízes e tudo, precisamos também mostrar para o Tribunal os nossos resultados: aqui, conseguimos arquivar tantos processos etc. Acho que a expressão é essa: *conseguimos arquivar*. Arquivar processo não é demérito, é prêmio, porque arquivar processo significa que você prestou a função jurisdicional até o fim, você resolveu a causa inclusive com o pagamento.

Outra coisa: a questão de você emitir as RPV's, fazer os pagamentos, porque, do ponto de vista dos Estados, das cinco regiões, somos, proporcionalmente, a região que menos paga. Então esse é um índice alarmante. Temos pagar RPV's. Como Recife, que é o Tribunal da 5ª Região e abrange seis Estados, pode pagar muito mais RPV's que nós, que temos quatorze Estados, e Recife tem seis?

Revista: A quem cabe decidir os recursos interpostos às decisões do JEF?

Daniela Zarzar: São as Turmas Recursais, que, na 1ª Região, não seguem o número de Seções Judiciárias. Existem menos Turmas Recursais do que Seções Judiciárias, porque, muitas vezes, as Turmas abrangem mais de uma localidade. Por exemplo, a de Brasília alcançava Distrito Federal e Tocantins. Posteriormente, houve a criação das Turmas Recursais lá em Tocantins.

Hoje, são onze Turmas Recursais, às quais cabe o julgamento dos recursos que são propostos das decisões do JEF.

Uma peculiaridade: aproximadamente 70% das causas que chegam ao Juizado transitam em julgado aqui ou seja, não sobem para a Turma Recursal. É um índice muito bom, que não só mostra a conformação com o julgamento, como também a viabilidade das Turmas Recursais.

Revista: E quanto aos Juizados Itinerantes?

Daniela Zarzar: Os Juizados Itinerantes são a grande bandeira da Justiça Federal, principalmente aqui do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, porque, com a dimensão continental que temos, tivemos de criar soluções para atender pessoas que moram em locais onde só se chega de barco, de caminhão, e carro, quando há essa possibilidade.

O Tribunal – por meio de financiamento ou doações – adquiriu um barco, que é o Tribuna, para fazer o atendimento à população ribeirinha, e tem duas carretas também, para fazer esse atendimento em locais que não são guarnecidos pelo Judiciário Federal.

Essas experiências da 1ª Região, em termos de Juizado Itinerante, têm sido excelentes, porque você vê o funcionamento da Justiça chegando aos mais diversos locais do País.

Agora, aqui em Brasília, temos a peculiaridade de ter iniciado o itinerante. Foi na cidade de Brazlândia, e não obteve muito êxito, porque as pessoas não tiveram o conhecimento dessa ida da Justiça Federal até lá. Isso em função de o próprio administrador da cidade não ter divulgado à população da forma adequada, como tínhamos combinado. Ainda assim, tivemos um acesso de 220 ações. E foi uma experiência muito válida, porque conseguimos otimizar o trabalho.

A qualidade do serviço foi tão boa, que a pessoa esperava algo em torno de dez minutos para ser atendida. O servidor da Justiça vinha buscá-la para ir até o local do atendimento. Pegava os documentos originais, ia tirar cópia, encaminhava, se fosse o caso, para a perícia, e a designava. A pessoa saía de lá muito satisfeita.

E teve casos até de pessoas muito idosas, que não tinham muito discernimento, as quais determinamos que fossem levadas até em casa, ou pelo menos na casa de um parente. Pessoas, inclusive, com deficiência.

Essa experiência do itinerante aconteceu só para atermações, ou seja, redução a termo

dos pedidos. A audiência de julgamento mesmo ocorrerá agora em maio, do dia 16 ao dia 18.

O Distrito Federal foi pioneiro na instituição do Juizado Itinerante em asilo. Havia um asilo no DF com um índice muito grande de pessoas idosas sem benefício previdenciário, e até pessoas que não eram idosas, para efeito da lei, que não tinham mais que 65 anos, mas que tinham doenças muito graves e não tinham nenhum amparo da família, tanto que moravam dentro do asilo. Então fomos até lá e fomos muito bem recebidos.

E por que essas pessoas não tinham o benefício? Porque, além de não terem nenhuma assistência da família, muitas vezes não tinham documentos.

E o fato, de você não ter documento nenhum, ou ter um, mas não ter outro, por exemplo, ter o CPF, mas não ter a identidade, ou vice-versa, causa, para o INSS, a impossibilidade da concessão do benefício. Exatamente para evitar fraudes, o INSS exige que haja pelo menos a carteira de identidade e o CPF.

Esse problema foi solucionado com a nossa ida até o asilo. Houve, inclusive, grande repercussão aqui em Brasília. Nunca conseguimos uma entrada tão grande na mídia, positivamente, como conseguimos lá no itinerante do asilo, inclusive abrindo as portas para o itinerante de Brazlândia, porque, naquela oportunidade, dissemos que iríamos a Brazlândia, duas semanas depois.

E nessa mesma audiência fizemos o recebimento das petições e o julgamento dos processos. Desde ali, os processos já estão julgados e decididos. O recebimento efetivo vai demorar um pouco, porque as partes precisarão dar entrada nos documentos para pegar a certidão de nascimento, que algumas não têm.

Outras, são pessoas completamente alienadas e precisam de assistência. Como elas não têm isso, vamos ter de primeiramente atestar, junto à Vara de Registro Público, que foi outra peculiaridade itinerante do asilo. Levamos um advogado da Caixa Econômica, que se dispôs a fazer as ações e a assistir a todas essas pessoas do asilo junto ao Judiciário local, na Vara de Registro Público, para regularizar o recebimento do benefício deles.

Estamos aguardando o trâmite dessas ações, para pesquisar e assegurar o direito. Só que isso vai ser retroativo no tempo e eles receberão desde aquela data em que decidimos. Não é uma bolada, porque o valor é pouco, mas eles receberão um valor considerável.

Revista: E quanto aos julgamentos coletivos?

Daniela Zarzar: É outra peculiaridade aqui da Justiça Federal em Brasília. Tendo em vista essas ondas de processos e o número alarmante de ações ajuizadas, o Distrito Federal iniciou uma campanha para que conseguíssemos julgar uniformemente e decidir as teses jurídicas ali firmadas, para que não houvesse uma afluência de tantas pessoas, propondo ações que muitas vezes podem ser temerárias.

Uma das maiores mazelas enfrentadas pelo Judiciário frente à população, é que as pessoas acham que demoramos muito para decidir e não temos, muitas vezes, segurança no que fazemos, porque um decide de um jeito, mas o outro colega, do lado, decide de outro. E isso causa nas pessoas uma insegurança muito grande.

Para evitar esse tipo de coisa é que fizemos o julgamento coletivo. Nós nos reunimos, definimos a tese jurídica, estudamos a matéria, cada qual no seu gabinete, e depois pacificamos a tese se todos concordarem depois de elucidadas as dúvidas registradas na sentença, todos a assinam. O julgamento se dá coletivamente, inclusive com a participação de advogados, com a participação de partes, para que elas vejam como isso funciona. Até com a participação da imprensa que é sempre comunicada. Depois, isso será divulgado até nas informações que a Justiça Federal presta.

Esse procedimento teve uma eficácia enorme, porque conseguimos evitar que um número de ações fosse tão grande, que já se encaminhava para ser alarmante, por dizer respeito ao PIS/Pasep. Foram duas mil ações propostas num dia, a quinta-feira anterior ao julgamento. Na sexta-feira, nós decidimos a mesma matéria em relação a outros processos julgados anteriormente.

E nossa realidade foi de um universo de duas mil causas ajuizadas no dia anterior, e, na segunda-feira seguinte, tivemos vinte ou quarenta ações ajuizadas. Então, já houve reflexos positivos do ponto de vista da solução dos problemas.

Quem quiser propor, proponha, mas terá essa decisão, pelo menos na primeira instância. E aqueles que já tiveram os processos julgados serão encaminhados para a Turma Recursal. Eles terão de contratar um advogado, terão de pagar as custas processuais e fazer o processo subir.

Dessa forma, conseguimos que as matérias sejam levadas para julgamento das Turmas e dos Tribunais com uma agilidade bem maior.

Artigos Doutrinários

Estado de Direito e Fundamentabilidade dos Direitos Humanos nos Paradigmas Liberal, Social e Democrático

Carlos Alberto Simões de Tomaz*

* Juiz federal e professor em Belo Horizonte. Pós-graduado em Direito Público pela PUC/MG. Mestrando em Direito das Relações Internacionais no UniCeub/DF.

1. Introdução

O destaque da agenda do terceiro milênio encontra-se, sem dúvida, na problemática dos direitos humanos. A preocupação com a fundamentabilidade dos direitos humanos, concebidos como normas de natureza supraconstitucional, vinculadas à essencialidade de uma vida digna, tem fervilhado as relações internacionais.

Nesse passo, não faltam trabalhos acadêmicos voltados para o assunto, sobretudo, entre nós, após a promulgação da Constituição de 1988, em face dos preceitos vazados nos §§ 1º e 2º do art. 5º.

Nesta monografia, busca-se enfrentar a evolução dos direitos humanos nos paradigmas do Estado de Direito liberal, social e democrático, concentrando-se a atenção na sua fundamentabilidade no Estado de Direito democrático, quando os direitos humanos, sem abandonar os pressupostos consagrados pelo Estado liberal e pelo Estado social, voltam-se para uma dimensão maior e mais completa da personalidade humana plasmada numa vida fraterna, onde o direito à felicidade pressupõe como condições essenciais para a vida humana o engajamento no processo de desenvolvimento, a paz e a própria democracia, como direitos titulados de terceira geração.

A análise, neste ponto, voltar-se-á para divisar meios para se imprimir fundamentabilidade aos direitos humanos num Estado democrático. Como pressuposto filosófico ao declarado escopo, será deduzida a teoria da *alopoiese* jurídica, de modo a ensejar a compreensão do direito como um sistema aberto, a fim de se divisar essa fundamentabilidade numa Constituição aberta, como a do Estado brasileiro, em decorrência dos referidos dispositivos. Para tanto, crítica científica à jurisprudência da Suprema Corte será também realizada em reforço às conclusões que se pretende adotar.

2. A compreensão da expressão “Estado de Direito” em sentido formal e material. Todo Estado é “Estado de Direito”. “Alguns Estados não são “Estado de Direito”

Às vezes, determinados temas em Direito são focos de acirrados debates e nem sempre se consegue extrair deles um sentido preciso. Na maioria das vezes, a falta de rigor científico leva a conclusões precipitadas, e por que não dizer obsoletas, sobretudo quando se trata de questões essencialmente políticas como “Estado de Direito”.

Quando forjada pela doutrina alemã, a expressão *Rechtsstaat* (Estado de Direito) queria significar “Um Estado de garantias jurídicas e de respeito às liberdades constitucionais do homem e do cidadão” (Ferreira P., 1975, p. 101).

Percebe-se, pois, desde a sua origem, a base ideológica em que se encontrava mergulhada a expressão que revelava a nova estrutura estatal oitocentista oriunda do liberalismo, rompendo com os modelos monárquicos absolutistas.

Entre nós, a discussão assumiu grande relevância quando, no final da década de 70 e início dos anos 80, a sociedade brasileira começava a livrar-se das garras da ditadura militar, defendendo-se a anistia daqueles banidos por ostentarem postura contra o sistema e bradando por eleição direta para presidente da República. Naquela época, o Estado brasileiro vivia sob o pálio do bipartidarismo. Com efeito, a manifestação da vontade política encontrava-se vazada pelos sectários da Aliança Renovadora Nacional – Arena, ou pela militância do Movimento Democrático Nacional – MDB, que se opunha ao governo militar sustentado por aquela.

Naquele cenário, qualquer político vinculado à Arena não hesitava em afirmar que o Brasil se constituía em um Estado de Direito, ao passo que se a pergunta fosse dirigida a um militante do MDB, a resposta, sem dúvida, seria negativa. Isso porque entendiam os partidários do MDB que não bastava a existência de uma ordem jurídica capitaneada por uma Constituição para assegurar a existência de um Estado de Direito, sobretudo quando os direitos humanos eram violados, e o Estado não assumia sua responsabilidade social.

Com efeito, parece, numa primeira abordagem, que tanto os sectários da Arena quanto do MDB encontravam-se com razão. É que ambos empreendiam análise do tema sob vertentes distintas.

O Estado pressupõe ordem. É preciso que reine a ordem para que seja possível a realização de todos os outros valores, chegando-se, assim, à justiça como valor exclusivamente fundado. A esse declarado escopo, o Direito se avulta como o principal meio para ordenar a vida social. É dizer, em outras palavras, que há ordem quando as condutas se encontram normativamente definidas ou modeladas deonticamente por uma proibição, uma obrigação ou uma faculdade. Encontrando-se as condutas definidas, decorre que a ordem se volta para garantir as condições de subsistência e como corolário tem-se a instalação de condições de segurança e de certeza das relações intersubjetivas.

Decorre desta análise que todo Estado é ordem. Ordem porque disciplina condutas por meio de normas jurídicas que, em conjunto, formam uma só ordem unitária que, segundo Kelsen (1992, p. 184) se identifica com o próprio Estado: “O Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica”. Nessa linha, se todo Estado é ordem jurídica, e esta ordem jurídica traz em seu bojo o conjunto de todas as normas disciplinadoras de condutas, que nada mais é do que o próprio Direito positivo, concluiu Kelsen (1979, p. 424) que “.... o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito”.

Sob este enfoque, a expressão “Estado de Direito” é tautológica, já que todo Estado, conquanto ordem jurídica, fica formalmente reduzido ao seu próprio Direito positivo.

Nesse sentido, enfrentada a questão apenas sob o prisma formal, avulta-se inteiramente apropriada a lição de Pedrosa (1978, p. 11), quando registra que “as monarquias absolutistas do começo da idade moderna e as atuais Repúblicas autocráticas são Estados no mesmo sentido em que são as mais aprimoradas democracias representativas, isto é, são ordens coercitivas. São, se preferir usar a expressão já agora carente de sentido, Estado de Direito”.

Na verdade, o que transforma uma sociedade em Estado é a existência de um ordenamento jurídico efetivo incidindo sobre a vida de um grupo de pessoas que habitam determinada região. Não se pode cogitar, sem dúvida, da existência de Estado sem Direito e, portanto, é correto afirmar, como faz Pedrosa (1978, p. 9), sob inspiração de Kelsen, que do ponto de vista formal “Todo Estado é Estado de Direito”.

Porém, toda ordem jurídica encontra-se inserida num contexto ideológico. As normas jurídicas não são imunes a valor. Contrariamente, uma conduta é permitida quando ela realiza um valor que o Direito faz questão de valorar, ela (conduta) se torna obrigatória se o valor que realiza é imprescindível para garantir a ordem, e, ainda, a conduta é proibida se realiza valor nocivo ao Direito. A eleição de valores volta-se para o alcance dos fins, dos objetivos eleitos pelo Estado, que podem, a grosso modo, ser sintetizados num ideal de justiça, que é exigência da política. E quando a análise se volta para o exame do conteúdo da ordem, a questão básica a saber é se a ordem é justa.

Libertar o conceito de Direito do conceito de Justiça é difícil, senão impossível, porque ambos estão imbricados e profundamente mergulhados no discurso político. Sob tal prisma, assevera Kelsen (1992, p. 13) que há mesmo uma confusão correspondente à “tendência ideológica de dar aparência de justiça ao Direito positivo”. Enfocada assim a questão sob o prisma material, a fim de enfrentar o conteúdo da ordem, haverá “Estado de Direito” quando a ordem for justa. Assim, dada uma ordem que realiza os valores A, B, C, D e E, sendo estes os valores indispensáveis para alcançar o ideal de justiça, estar-se-ia diante de um “Estado de Direito”. Se, por outro lado, uma ordem deixa de realizar um daqueles valores, deixaria de ser “Estado de Direito”. A conclusão é necessariamente que “Alguns Estados não são ‘Estado de Direito’”.

Atento para tais circunstâncias, Dworkin (2001, p. 6-7), ao enfrentar o tema assinala que:

.... Há, na verdade, duas concepções muito diferentes do Estado de

Direito, cada qual com seus partidários. A primeira é a que chamarei de concepção “centrada no texto legal”. Ela insiste em que, tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos. O governo, assim como os cidadãos comuns, devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas, em conformidade com regras adicionais sobre como elas devem ser mudadas, que também são especificadas no conjunto das normas. A concepção centrada no texto jurídico é, ao meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico. Enfatiza que, sejam quais forem as regras colocadas no “livro de regras”, elas devem ser seguidas até serem modificadas. Os que têm essa concepção do Estado de Direito realmente se importam com o conteúdo das normas jurídicas, mas dizem que isso é uma questão de justiça substantiva e que a justiça substantiva é um ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito.

Chamarei a segunda concepção do Estado de Direito de concepção “centrada nos direitos”. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos *quando da exigência de cidadãos individuais* por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique.

Como se vê, se de um lado é certo que o ponto de partida para exame da questão encontra-se jungido a seu exame formal, por outro lado é mais certo ainda que o exame do conteúdo da ordem, onde estarão plasmados os valores que satisfaçam plenamente o ideal de justiça, revela o verdadeiro matiz que possuirá o condão de qualificar uma sociedade como autêntico Estado de Direito, onde os direitos inerentes à pessoa humana integrem o conteúdo material das normas jurídicas e restem estabelecidas regras para salvaguarda de sua permanência, proibição de supressão, além de mecanismos para assegurar sua eficácia social.

3. O Estado de Direito liberal, o Estado de Direito social e o Estado de Direito democrático: fundamentabilidade dos direitos humanos

O problema do respeito aos direitos humanos avulta-se a todo instante como um dos principais, senão o principal assunto da agenda do novo milênio. Para

o equacionamento da hodierna fundamentabilidade formal e material de tais direitos, impõe-se o exame do tratamento que lograram obter nos paradigmas dos Estados liberal, social até chegar no Estado democrático.

3.1. Os direitos humanos no paradigma do Estado de Direito liberal

Foi com profunda conotação política que o liberalismo concebeu o “Estado de Direito”. Haveria um valor sem o qual seria impossível alcançar a justiça: a liberdade. A liberdade para todos numa sociedade limitada pelo Direito.

Os ideais liberais, que surgiram para fazer frente ao poder absolutista das monarquias da Idade Média, continuam, em sua essência, duas grandes idéias: – a primeira era a preocupação com a liberdade individual, que veio a engendrar toda uma política de lutas para se reconhecer os direitos do homem; à época, as precognizadas liberdades políticas, desde o direito deambulatório (a liberdade de ir e vir e de se deixar ficar) à liberdade de pensar e conseqüente liberdade de expressar o pensamento, passando pela liberdade de crença e de culto etc.

Era necessário, pois, reconhecer estes direitos frente aos abusos do poder absolutista dos monarcas medievais. Entretanto, para que fosse possível o exercício desses direitos por todos, era preciso limitar o poder do monarca; este não poderia mais concentrar todos os poderes e exercê-los de maneira absoluta, daí a segunda idéia, que era a desconcentração do poder. O poder concentrado em um único órgão (monarca ou rei) se identifica com o exercício despótico em detrimento das liberdades individuais. Era imprescindível a desconcentração do poder.

Dentro deste clima, surge a obra de Montesquieu – *De l'esprit des lois* preconizando a separação tripartida dos poderes. A Montesquieu deve-se, realmente, a divulgação da teoria da separação dos poderes. No entanto, convém lembrar que Locke, na obra *Tratado sobre o governo*, alude à matéria com base na prática inglesa. De fato, na Inglaterra, desde 1215, quando o baronato inglês impôs ao Rei João Sem Terra a observância dos preceitos da *Magna Carta*, ali, com efeito, já se divisa separação de poder. Enfrentando esta fundamentabilidade estamental aos direitos individuais, Canotilho (1992, p. 513) anota:

Mas a *Magna Carta*, embora contivesse fundamentalmente direitos estamentais, fornecia já “aberturas” para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem. O seu vigor “irradiante” no sentido da individualização dos privilégios estamentais detecta-se na interpretação que passou a ser dada ao célebre art. 39, onde se preceituava que “Nenhum homem livre será exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”. Embora este preceito começasse por aproveitar apenas a certos estratos sociais – os cidadãos *optimo jure* – acabou por ter uma dimensão mais geral quando o conceito de homem *livre* se tornou

extensivo a todos os ingleses.

Coube, porém, a Montesquieu o mérito da sistematização teórica e a sua divulgação no mundo político. Porém, a idéia da separação dos poderes remonta à antiguidade. Já mesmo em Aristóteles a idéia é encontrada como nos chama a atenção Jellinek (1973, p. 452): “a célebre teoria de Aristóteles sobre as três partes do poder, limita-se simplesmente a descrever os caracteres típicos dos Estados gregos daquela época, Senado, autoridades, Tribunal Popular, e as atividades que estes exercitam, deriva de uma divisão dos assuntos do Estado.”

No entanto, foi ao sabor do liberalismo que ela veio à tona com Montesquieu, que levou a teoria aos extremos. Enquanto na França o poder do soberano hipertrofiava-se em detrimento dos Estados gerais, na Inglaterra ocorria o contrário, o parlamentarismo inglês adquiria cada vez mais poderes em detrimento do poder real. Daí a preocupação de Montesquieu em separar os poderes e fixar-lhes a esfera de competência.

Assim, o poder deveria se apresentar desconcentrado em órgãos diferentes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. É o que se deduz da lição de Montesquieu: “Há em cada Estado três espécies de Poder: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito das gentes e o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito Civil. Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamamos este último ‘o poder de julgar’, e o outro chamamos simplesmente ‘o poder executivo do Estado’.” (Montesquieu, 2003, p. 165-166)

A primeira Constituição a adotar o princípio da separação dos poderes foi a norte-americana de 1787. Também a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dispõe em seu art. 16 : “Toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. Depois, a Constituição Francesa de 1791 adotou o princípio que, a partir daí, tornou-se práxis nas Constituições do mundo moderno.

Na verdade, o exercício despótico do poder é incompatível com a vivência da liberdade. Só com a divisão dos poderes, lembra Groppali (1953, p. 213), é que há uma “maior garantia da liberdade individual, fixadas de modo preciso as atribuições de cada um dos poderes, o cidadão é assegurado em sua liberdade, seja pela certeza do Direito que regula as relações sociais, seja pelo fato de tanto os órgãos do Poder Executivo quanto os do Poder Judiciário, privados da atividade legislativa no exercício de suas funções, serem contidos nos limites de normas pré-constituídas pelos órgãos do Poder Legislativo”.

Enfim, o exercício da liberdade exige condições de clareza e certeza. Somente a norma legislada poderia, ao definir as condutas, estabelecer estas condições. A legalidade surge como dado imprescindível.

Do chamado Estado liberal, não obstante proclamar tantas liberdades, tantos direitos, como se sabe, não se conseguiu o esperado. Com efeito, limitou-se apenas a reconhecer direitos – é certo, agora de forma expressa, pois o *ius nom scriptum*, inadequado, porque revela um direito contingente e circunstancial vinculado à vontade momentânea do monarca, cede espaço para o Direito escrito, que assume suas próprias conotações, como já se assentou, com o surgimento das primeiras Constituições escritas e, depois, com o fenômeno da codificação que se estenderia por todos os Estados europeus – porém proclamar direitos não significa assegurá-los.

O Estado liberal, na verdade, revela-se o que se convencionou denominar de “Estado policial”, porque apenas reconheceu, fazendo vazar em normas jurídicas, as chamadas liberdades públicas, não se preocupando em estabelecer meios para que os direitos reconhecidos fossem efetivados. Na verdade, quem antes era escravo nas civilizações da Antiguidade e tinha passado à condição de vassalo no sistema feudal agora é um mero súdito do rei, com direitos inerentes à sua condição humana reconhecidos, sem que, todavia, o Estado se ocupasse de efetivamente assegurá-los. Com isso, o Estado assumia uma atitude passiva, abstendo-se de prestações voltadas para imprimir eficácia aos direitos fundamentais. Enfim, quem já era livre continuava a ser, como igualmente quem não gozava de liberdade, não obstante agora a tivesse expressamente reconhecida, continuava na condição de alijado desse direito inerente à natureza humana.

A opção social veio para corrigir a falha e não desconsiderou os pressupostos filosóficos do Estado liberal. No entanto, consciente de que só é vivenciada a liberdade onde se estabeleçam condições de igualdade, acrescentou um novo dado a ser observado.

3.2. Os direitos humanos no paradigma do Estado de Direito social

Segundo Canotilho (1992, p. 519), pode-se afirmar que o jusnaturalismo é o pressuposto filosófico fundamental do Estado liberal, erigido sob três matizes: 1º) a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais à vida e à liberdade, sob suas várias acepções (deambulatória, de crença etc); 2º) o respeito da parte do Estado por intermédio de limites pré-constituídos e estabelecidos em normas a tais direitos, o que conduzia a uma postura negativa do Estado diante deles, e que o referido autor denomina *abstinência estatal*; e 3º) a liberdade encarada como liberdade-defesa ou liberdade-autonomia em face do poder do monarca.

Com efeito, para o renomado constitucionalista português, a teoria social dos direitos fundamentais “ao contrário do que a teoria liberal defendia, não postula a

abstinência estatal, antes exige uma intervenção pública estritamente necessária à realização destes direitos; a intervenção estatal é concebida não como um *limite*, mas como um *fim* do Estado.” (Canotilho, 1992, p. 519).

De fato, o Estado começou a perceber que a pretendida efetividade dos direitos fundamentais passava necessariamente por exigir dele prestações existenciais de caráter positivo. Em outras palavras e trocando em miúdos, o Estado precisava descruzar os braços e criar condições para que o fraco se tornasse forte perante o forte. Assim, sem se afastar do pressuposto filosófico do Estado liberal, a preocupação vai recair sobre a igualdade. A verdade é que a concepção social revela que somente a igualdade é capaz de proporcionar a vivência da liberdade.

Assim, a atuação do Estado voltada para imprimir condições visando a implementar a igualdade a fim de garantir a vivência da liberdade, passou a exigir intervenção de sua parte em áreas que antes se supunha de atuação exclusiva da atividade privada. O Estado, com efeito, intervém na propriedade para limitar o seu abuso e assegurar sua função social, intervém na saúde, na educação, por meio de prestações positivas, desviando, sem desconsiderar, mas exatamente ao escopo de bem equacionar, a atenção voltada para o binômio *liberdade x autoridade* para o binômio *trabalho x capital*. A bem da verdade, o problema do Estado, ontem, hoje, e, ousa-se afirmar, sempre, será bem equacionar estes dois binômios. Portanto, do Estado interventor exigem-se prestações positivas de caráter existencial ou deveres sociais nas áreas de habitação, trabalho, saúde, educação, cultura, lazer etc.

Enfim, quando sob o influxo das idéias marxistas concebeu-se, segundo lembra Canotilho (1992, p. 521), que “a criação de condições materiais possibilitadoras do livre ‘desabrochar’ dos direitos fundamentais exige ou pressupõe a apropriação coletiva dos meios de produção e a gestão coletiva da economia”, o Estado deixava de ser apenas um interventor para se tornar monopolizador, e deparando-se com a teoria socialista, onde além de se divisar uma minimização ou redução da dimensão subjetiva dos direitos humanos, viu-se diante de uma “tendencial redução dos direitos à existência de condições materiais, econômicas e sociais, com manifesto desprezo das garantias jurídicas” (Canotilho, 1992, p. 521). É nesse sentido que se legitima na teoria socialista até mesmo a supressão de direitos para que se pudesse alcançar as condições de plenificação advindas do ideal socialista. E foi exatamente por isso, por olvidar o outro lado da balança, a liberdade que restou amesquinhada ou mesmo aniquilada em detrimento da hipertrofia da igualdade, que a opção socialista extrema não conseguiu seu desiderato.

3.3. Os direitos humanos no paradigma do Estado de Direito democrático

Impende primeiramente assentar que os pressupostos filosóficos do liberalismo e do Estado social foram encampados pelo Estado democrático. Não obstante,

a liberdade, agora, tem um novo sentido, não quer mais significar a liberdade-autonomia, porém uma liberdade participação. A preocupação não é mais o homem indivíduo, mas o homem-membro da sociedade. No dizer de Pedrosa (1978, p. 13) “O autêntico Estado de Direito não se pode satisfazer em fixar o modo de *como* deve ser exercido o poder; é igualmente decisivo estabelecer *quem* deve exercê-lo”.

Bobbio (2002, p. 30-31), buscando uma definição mínima de democracia, inspira-se em Kelsen para afirmar que

(...) o único modo de chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos (...)

Confira-se que este ponto de partida para enfrentar a teoria democrática também foi divisado por Dworkin (2001, p. 6) na passagem aqui já citada, quando afirma que “Ela insiste em que, tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos. O governo, assim como os cidadãos comuns, devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas, em conformidade com regras adicionais sobre como elas devem ser mudadas, que também são especificadas no conjunto das normas”.

Nesse quadro, exsurge no Estado democrático o princípio da legitimidade como essencial. Não basta a desconcentração do poder, é necessário que o seu exercício pelos órgãos competentes repouse no consentimento popular; não basta a proclamação solene dos direitos, é preciso cercar o indivíduo de garantias para preservar e evitar que estes direitos sejam sufocados pelo exercício da autoridade.

No entanto, a pugna existente no binômio “autoridade-liberdade” persiste e aí é que reside o âmago da questão, pois a intenção, quer no Estado liberal, quer no Estado social, quer no Estado de Direito democrático, sempre foi a de que “O Estado que faz e desfaz o Direito, esteja essencialmente limitado por ele”. (Salda-

nha, 1980, p. 9)

Nessa ordem, portanto, a idéia de Estado de Direito democrático sempre estará ligada a dois fatores: 1º) a limitação jurídica e legitimação do poder; 2º) a eficácia dos mecanismos garantidores dos direitos individuais. A bem da verdade, há de se notar que só a concepção democrática pode proporcionar a existência de tais pressupostos, daí porque se tem divisado redundância na expressão “Estado de Direito democrático”.

A propósito, vale conferir que a Constituição brasileira dispõe que a “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito...” Parte da doutrina tem chamado a atenção para que o Estado é que está sendo qualificado de democrático e não o Direito! A Constituição portuguesa adotou a fórmula inversa. De fato lê-se no art. 2º: “A República Portuguesa é um Estado de Direito democrático...”. Não se pode, a partir desta análise, extrair a ilação de que a Constituição brasileira se contenta com a existência de um Estado democrático onde ocorrem eleições gerais periodicamente com o comparecimento às urnas de um dos maiores colégios eleitorais do mundo, onde as regras do jogo estabelecem a consulta prebliscitária, referendo e a iniciativa popular das leis, sem falar que, a julgar exclusivamente pelo que está escrito na Constituição, o brasileiro e o estrangeiro residente no Brasil estariam entre aqueles a quem um Estado reconhece mais direitos e liberdades públicas. Sim, porque dificilmente a Constituição brasileira será superada em relação ao rol de direitos formalmente reconhecidos. É dizer, em outras palavras, do ponto de vista formal, há, sem dúvida, um Estado democrático de Direito.

Ocorre, todavia, que quando a análise se debruça sobre o conteúdo da ordem, a indagação se volta para perquirir se o Direito existente no Brasil é democrático. Significa precisamente investigar se o Direito brasileiro é expressão da vontade geral de modo a plenamente satisfazer o princípio da representatividade vazado no parágrafo único do art. 1º da Carta. É que, sob o manto da legalidade democrática, escondem-se em nossos dias verdadeiros regimes ditatoriais, a exemplo de Repúblicas autocráticas que, se sob a análise lógico-formal constituem Estado de Direito porquanto são ordens coercitivas, do ponto de vista material jamais o serão, posto que carecem do fundamento da legitimidade.

Neste sentido afirma Saldanha (1980, p. 26) que “o conceito de ‘Estado de Direito’ não se define por via meramente formal, isto é, pelo aspecto correspondente à legalidade, sendo necessária a presença de uma efetiva legitimidade que fundamente a ação estatal, bem como de valores jurídicos e sociais que realmente plenifiquem, na ordem política, a atuação dos poderes governamentais”.

Portanto, não é a existência de uma Constituição em que se estabeleça a

separação dos poderes, proclamem-se os direitos individuais e suas respectivas garantias, bem como a existência de um significativo número de leis que vão caracterizar o Estado democrático de Direito. De nada adiantará toda esta legalidade se, montada sobre ela, persiste o arbítrio político.

É verdade que todo Estado é ordem. Mas também é verdade que toda norma positiva deve trazer consigo um valor que visa à segurança e à certeza, e sendo o “arbítrio político incompatível com a segurança individual, pode-se dizer que o traço prático pelo qual se reconhece o Estado de Direito é o grau de garantia de que são cercados os indivíduos” (Correia, 1980, p. 7), donde se torna imprescindível a fiel consonância dos atos de qualquer autoridade à norma, bem assim, a existência, e digo mais, com plena eficácia, dos mecanismos garantidores dos direitos fundamentais.

Porém, o primado do Direito se torna inútil se as autoridades não agirem nos limites traçados pela norma, se extrapolarem estes limites e agirem elegendo os interesses próprios ou de grupos, em detrimento do interesse geral. No verdadeiro Estado de Direito, a lei, elemento disciplinador da liberdade, é expressão da justiça e faz vir à tona a vontade geral, daí porque o conflito entre a norma discutível em seu conteúdo, porém positiva, e um direito justo, mas não plasmado na forma de lei², minimiza-se o mais possível.

O conceito de representatividade sai do nevoeiro em que se encontra nas estruturas autocráticas e assume o seu real valor. E como se não bastasse o ato delegatório, as mais aprimoradas democracias são equipadas com mecanismos outros que vêm reforçar ainda mais aquele conceito, a exemplo das consultas populares, do *referendum*, do plebiscito ou mesmo o *recall* onde se coloca no povo o poder de desconstituir os mandatos.

Não se pode olvidar, nesse passo, o respeito às minorias, assegurando-se a estas sua manifestação e participação no processo político, como princípio basilar da democracia.

Se assim legitima-se o exercício do poder, preciso é, como já se assentou supra, que se estabeleça um clima de eficácia quanto ao exercício dos direitos, não apenas os direitos individuais de natureza política mas os direitos sociais.

O respeito a estes direitos e a eficácia de suas garantias somente podem existir numa estrutura política onde se apresenta inquestionável a autonomia do Poder Judiciário. Vale dizer que repousa na independência dos tribunais a garantia de realização da vontade popular plasmada na ordem jurídica estabelecida, bem como a eficácia de todo o elenco dos direitos fundamentais e suas garantias, que não devem jamais ser desrespeitados pelo arbítrio político, posto que a todo ato atentatório, nesse sentido, estarão sempre colocados à disposição dos governados todos os mecanismos assecuratórios dos direitos.

Contudo, a experiência nos tem mostrado que as decisões, no mais das vezes, são tomadas sem a necessária vinculação à vontade dos governados. É que “o governo contemporâneo é cada vez menos um governo de leis, cada vez mais um governo de homens (...) grande parte das obrigações que pesam sobre o homem não resultam da lei (...) provêm de atos ‘com força de lei’ editados pelo Executivo: decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos etc.” (Ferreira Filho, 1980, p. 13)

Talvez o acúmulo cada vez maior da função legiferante no Poder Executivo justifique-se em decorrência das necessidades prementes da atividade estatal acompanhar o desenvolvimento por que passa o mundo moderno, e daí o ceticismo de alguns autores quando se debruçam na análise sobre o futuro do Estado. Shils³, entre cinco espécies de sistemas políticos que apresenta, fundamentando-se na experiência dos Estados modernos do pós-guerra, é completamente descrente, e nenhuma de suas opções (democracias políticas, democracias tuteladas, oligarquias modernizantes, oligarquias totalitárias e oligarquias tradicionais) se coadunam com a concepção do Estado de Direito.

Ainda no tocante à questão, Dallari (1980, p. 164) afirma que “a racionalização objetiva implicando formas autocráticas de governo” é um dos caracteres futuríveis do Estado, mas ao lado disso vê a necessidade de uma “integração crescente do povo nos fins do Estado”. E arremata o ilustre publicista: “Estas duas peculiaridades aparentemente opostas à primeira vista, deverão ser conjugadas para a obtenção de um novo equilíbrio interno”.

Sem dúvida alguma este equilíbrio só se obtém quando, a par de todo o progresso científico e tecnológico, que inevitavelmente exige celeridade nas tomadas de decisão, levando cada vez mais a um racionalismo centralizado do poder, o Estado possibilita a existência de condições de igualdade; não de igualdade formal, mas de igualdade pragmática, alcançada quando o interesse propulsor da atividade estatal está voltado para o povo e não para a satisfação dos interesses de grupos dominantes. O poder deixa de ser um fim para ser um meio, um instrumento para consecução daquele fim.

Nesse desdobramento, é correto afirmar que no paradigma democrático a dimensão dos direitos fundamentais se volta para satisfação da igualdade material, que implica a liberdade real, mercê da vivência não apenas da liberdade, da igualdade, mas de igual forma, da fraternidade como direito de terceira geração, aliás, nunca plenificado, conquanto alardeado desde a Revolução Francesa. Sob o manto da fraternidade, esse novo paradigma aponta para o direito ao desenvolvimento, à paz e à própria democracia, que, em conjunto, dirige-se para a satisfação de um básico direito fundamental: a felicidade, como, aliás, aponta Bobbio. (2000, p. 11)

Para a vivência dos direitos humanos sob tal contextura, Canotilho (1992, p. 509) expõe o pensamento de Alexy voltado para uma fundamentabilidade à guisa de imprimir especial dignidade de proteção aos direitos num sentido formal e num sentido material. Sob o manto desta perspectiva, tendo como pano de fundo as idéias de Alexy no balizamento vazado por Canotilho, procede-se, a partir de agora, ao exame da fundamentabilidade dos direitos humanos no paradigma democrático, com atenção voltada para imprimir-lhes mais que dignidade, um razoável grau de eficácia.

3.3.1 Fundamentabilidade formal dos direitos humanos no paradigma do Estado de Direito democrático

A questão que agora comporta resposta neste estudo é saber como no Estado democrático os direitos humanos encontram-se reconhecidos. Em outras palavras, investigar a fundamentabilidade formal dos direitos humanos. Essa fundamentabilidade está associada à constitucionalização dos direitos. Com efeito, já se registrou neste trabalho, e convém repetir, que a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dispõe no art. 16 que “Toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. A idéia, desde o influxo do liberalismo até os nossos dias, ainda é a mesma: se os direitos estiverem solenemente reconhecidos serão observados, o que não se mostra inteiramente verdadeiro, tal como adiante se verá quando se enfrentar a fundamentabilidade material, e a análise se voltar para a eficácia dos direitos fundamentais. Por ora, no entanto, o exame da questão ficará reduzido a enfrentar a constitucionalização dos direitos humanos.

Pode-se perceber, com efeito, que desde 1789, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão precisava o alcance das matérias que uma Constituição deve comportar. Ao lado das normas que criam, organizam, estruturam e estabelecem a competência dos órgãos que vão exercer o poder, têm-se as normas garantidoras de direitos. Convém verificar que até mesmo em face da redação do art. 16 daquela declaração, os direitos humanos estariam sendo garantidos pela Constituição, o que leva à correta idéia de que eles precedem, porque inerentes e essenciais à natureza humana, de modo que uma Constituição jamais poderia estabelecer tais direitos, senão apenas reconhecer, garantir, assegurá-los.

Não obstante, registra Silva (1968, p. 74, nota de rodapé):

Houve, certamente, extravagâncias relativamente à inserção de certas disposições em documentos constitucionais formais, como a do art. 1º da Lei francesa 18 floreal, ano II, que dispunha: “*le peuple français reconnaît l’existence de l’Être suprême et l’imortalité de l’âme*”; tal regra não poderia ter mais eficácia que de mera crença não impositiva ao povo. Mesmo assim

há que reconhecer nela efeitos jurídicos: vedação ao ateísmo e materialismo manifesto; vedação à liberdade de crença.

Veja-se a pretensão do Estado. Realmente apenas a manifestação de ateísmo ou de materialismo é que poderia ser inibida pela norma, porém jamais teria a indigitada norma o condão de fazer qualquer cidadão francês acreditar na existência de um ente supremo e imortalidade da alma.

De qualquer sorte, de uma forma ou de outra, isto é, seja garantindo ou mesmo estabelecendo, o fato é que as Constituições apresentam um elenco de direitos que estariam assegurados ao indivíduo isoladamente considerado e ao indivíduo considerado em relação aos outros (direitos sociais), além de aflorarem nas últimas décadas do século passado com uma preocupação com os direitos voltados para assegurar uma vida fraterna e feliz como o direito à paz, ao desenvolvimento e à própria democracia.

Considerados, nessa conformidade, matéria de Constituição, decorre, desde aí, a primeira dimensão da fundamentabilidade formal dos direitos humanos porquanto as normas que deles tratam, na condição de normas fundamentais do sistema jurídico, situam-se em grau superior na hierarquia das normas.

Em corolário, tem-se que as normas definidoras de direitos fundamentais encontram-se submetidas ao procedimento formal estabelecido para a reforma e constituem limitação material para o exercício desse poder. Com relação a essa dimensão da fundamentabilidade dos direitos humanos quer-se dizer que seu elenco estabelecido pela Carta não comporta redução, e a alteração do quadro normativo para ampliar submete-se aos requisitos formais para reforma constitucional. Essa linha de raciocínio vem recebendo forte oposição doutrinária em defesa de modificações constitucionais restritivas de direito. Tem-se defendido, com efeito, até mesmo que não se pode admitir a invocação de direito adquirido em face da Constituição. E assiste-se no cenário político brasileiro e internacional à luta dos cidadãos em defesa dos direitos, ao longo do tempo conquistados, insistindo na vedação de retrocesso, ao passo que governos, sequiosos de resultados e eficiência, de outro lado, irrompem uma política de redução sem precedentes dos direitos historicamente incorporados ao patrimônio social se dizendo fundados no princípio da solidariedade social e na cláusula da reserva do possível inerente ao pacto político. Essa questão, que comporta desdobramentos tamanhos, quer no campo jurídico, quer no campo político, não se constitui, todavia, objeto desta monografia.

Por último, a fundamentabilidade formal das normas consagradoras de direitos humanos aponta para a circunstância de que tais normas estabelecem vinculabilidade imediata aos órgãos que vão exercer o Poder Público, constituindo substrato material e parâmetros a serem observados pelos agentes do Estado no

momento da opção política, da tomada de decisão e nas ações e controles a cargos dos órgãos legislativos, executivos e jurisdicionais. É dizer, na ação dos agentes estatais devem estar preservados os direitos consagrados. Não é por outra razão que as normas definidoras de direitos gozam de aplicabilidade imediata, impondo-se, desde aí, a sua integral observância e expungindo comportamentos, ainda que omissivos ou negligentes da parte dos agentes do Estado. A Constituição da República Portuguesa, com extremado acerto, foi mais além para estabelecer esta vinculação também em relação às entidades privadas. Com efeito, dispõe o art. 18, § 1º, que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Já a Carta brasileira, na esteira de sua congênera, proclama que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º), sem fazer distinção alguma em relação à vinculabilidade de agentes ao preceito. Não há dúvida de que seu comando emergente atinge tanto os agentes públicos quanto as entidades privadas. A Constituição da República Federal da Alemanha estabelece igualmente que “Os direitos fundamentais a seguir discriminados vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como preceitos directamente aplicáveis” (art. 1º, § 3º). E normas sempre neste sentido podem ser observadas em tantas outras Constituições. Não poderia ser de outra forma.

Atento a este aspecto, Barroso (1996, p. 117 e 157), preocupado com a eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos sociais, considerando a opinião doutrinária dominante de que tais normas são de natureza programática, voltadas para estabelecer fins, objetivos a serem alcançados pelo Estado, e que, por isso, são de aplicabilidade mediata e eficácia limitada, não se encontrando aptas para produzirem efeitos jurídicos sem o desdobramento a cargo da legislação infraconstitucional tal qual defende Silva (1968, p. 149), sustenta que tais normas irradiam efeito vinculante perante os agentes do Estado, impondo, no mínimo, uma abstenção diante da finalidade eleita, impedindo, assim, condutas tendentes a contrariá-las. A esse efeito das normas programáticas, decorrente, sem dúvida, da vinculabilidade de seu preceito à guisa de viabilizar a fundamentabilidade dos direitos humanos na dimensão da igualdade e da fraternidade, o referido autor denomina “eficácia negativa”, na medida em que impõe abstenções e proíbe condutas positivas tendentes a arrostar a finalidade consagrada na norma. Por isso mesmo, essa eficácia negativa que a vinculabilidade irradia também tem sido reconhecida como “efeito paralisante de normas programáticas”. Trocando em miúdos, como sempre lembra Barroso, seria em nome da materialização do adágio popular “se não puder ajudar, que não prejudique” que se poderia divisar atos inconstitucionais diante de preceitos constitucionais programáticos.

3.3.2 Fundamentabilidade material dos direitos humanos no paradigma do Estado de Direito democrático

Canotilho (1992, p. 509-510) prossegue sua análise sobre a teoria dos direitos humanos, na linha do pensamento de Alexy, apontando uma fundamentabilidade material:

Significa que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. *Prima facie*, a fundamentabilidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentabilidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentabilização pode não estar associada à Constituição escrita e à idéia de fundamentabilidade formal como demonstra a tradição inglesa das *Common-Low Libertaties*. Por outro lado, só a idéia de fundamentabilidade material pode fornecer suporte para : (1) abertura da Constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente fundamentais mas não formalmente (cfr. CRP, art. 16/1º); (2) a aplicação, a estes direitos só materialmente constitucionais, de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentabilidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda). Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em *cláusula aberta* ou em *princípio da não-tipicidade* dos direitos fundamentais. Preferimos chamar-lhe <norma com *fattispecie* aberta> (Baldassare) que, juntamente com uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente* consagradoras de direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional.

Deveras, numa análise apressada poder-se-ia chegar à conclusão de que o cerne da fundamentabilidade material dos direitos humanos já estaria contido dentro da própria fundamentabilidade formal. A essa conclusão chegará o exegeta que admitir que toda norma materialmente constitucional é necessariamente formalmente constitucional, o que revela um equívoco. De efeito, toda norma insculpida numa Constituição passou pelo crivo de um poder constituinte – seja democrático (assembléia constituinte), seja autocrático, quando a Constituição foi elaborada a contadas mãos, senão pelas mãos exclusivas de um ditador – ainda que este poder constituinte seja o derivado, e a norma adjuntada ao texto original o foi pelas mãos do poder de reforma legitimamente exercitado dentro dos limites traçados no próprio Texto.

Todavia, uma Constituição não se resume ao documento escrito. Pode-se divisar, com efeito, normas constitucionais que não obstante não se encontrarem expressas no Texto, integram a Constituição de um Estado. A idéia, é bem de ver, não é nova. Lassalle (1988, p. 19), no final do século XIX, já apontava para a existência de uma Constituição material, sociológica, que se identificava com

os “fatores reais do poder” em oposição à Constituição escrita identificada como uma folha de papel.

Na verdade, cogita-se até mesmo de normas estruturantes, como o são as normas consagradoras de direitos fundamentais, que não constam expressamente do texto de uma Constituição, o que conduziria à afirmação de que há normas materialmente constitucionais que não são formalmente constitucionais.

Esta concepção parte do pressuposto de que a Constituição deve ser entendida como um sistema aberto de princípios. E para entender a Constituição dessa forma é pressuposto que se considere o Direito como um sistema aberto, jamais fechado. Quer-se dizer, em outras palavras, que não se reduza o Direito apenas às normas expressas.

3.4. O Direito como um sistema aberto. *Alopoiese* jurídica para ensejar uma compreensão aberta do âmbito das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais

A tradicional idéia de reduzir o Direito à norma expressa ainda goza de foros de exclusividade dentre os cientistas do Direito. Poucos se aventuram a admitir a ordem de raciocínio ora deduzida, não obstante a expansão do pensamento seja crescente. Sobota (1995, p. 251) divisa este fenômeno quando registra que “A maioria das pessoas, nas democracias modernas, parece estar convencida de que o Direito é um sistema constituído de normas explícitas Essa fachada normativa é a versão popular de uma concepção teórica que se desenvolveu a partir do espírito do iluminismo e da admiração pelos sucessos da ciência, refletidos no movimento positivista do fim do século XIX e começo do século XX”

Por esse caminho, o Direito fica reduzido a um sistema fechado com a pretensão de dispor sobre as condutas humanas por meio de um ordenamento hermético, auto-suficiente e autoprodutivo.

Porém, o fenômeno jurídico pode ser enfrentado sob outro prisma. Desta feita, relacionando-o a outros sistemas como o social, o político e o econômico, numa relação de heterorreferência. Maia (1999, p. 42-44) faz ver que este veio partiu da teoria biológica da *autopoiesis*, criada pelos biólogos Maturana e Varela e implantada nas ciências sociais por Niklas Luhmann:

Os chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela buscaram, através da teoria da *autopoiesis*, resolver uma das questões que mais intrigam o ser humano desde tempos imemoriais: a da vida. Como determinar que certo sistema biológico possa ser considerado um sistema vivo? O que caracteriza um sistema vivo, independentemente das contingências de tempo e espaço que o meio circundante oferece? (*Antunes in Teuber*, 1993, II-III) Para solucionar esse complexo e gigantesco impasse, tais cientistas biológicos propuseram a seguinte idéia: o que caracteriza um sistema vivo – animal ou vegetal – é a sua autonomia, ou seja, cada sistema vivo possuiria uma forma de produção

própria, fechada, circular e auto-referencial de constituir as relações dos elementos que compõem aquele sistema.

A auto-referência biológica estaria no fato de que a interação entre os próprios elementos componentes do sistema é o que caracterizaria a sua própria ordem interna. Não haveria, por conseguinte, elementos externos que pudessem influenciar de maneira direta aquele sistema, pois os seus próprios componentes já bastam *de per se* para que as relações, sempre sistemáticas, se dêem de uma maneira a diferenciar aquele sistema, agora dito “vivo”, dos demais que lhe são distintos. Tal afirmativa é defendida com tal veemência que os autores defendem que a autopoiese é, em síntese, a “condição última, necessária e suficiente, para a própria vida” (*Maturana e Varela*, 1981: XVII). Essa ordem, além de auto-referente, é também auto-reprodutiva, pois os elementos dos sistemas vivos são produzidos pelo próprio mecanismo autopoietico de relações.

O organismo vivo também seria dotado, como um corolário da idéia da autopoiese, de uma clausura organizacional (*organizational closure*), que consistiria na auto-observação sistemática, pois os elementos desse sistema se referem sempre a si mesmos, como um grande conjunto de relações internas, e não aos meios circundantes. Todavia, essa idéia de clausura organizacional traz à luz um posicionamento epistemológico interessante: a afirmativa de que as observações efetuadas pelos organismos vivos ao mundo exterior não passam, na verdade, de uma observação de si próprios, pois a clausura pressupõe a observância de relação entre observador-observado, visto que o observado seria a visão obtida pelo observador da realidade que o cerca. Logo, o observador não pode realmente explicar o objeto observado, mas tão-somente obter a sua impressão de como o objeto observado lhe parece. Seriam descrições que o próprio observador faria, não conseguindo perceber a essência ontológica do observado (*Maturana e Varela*, 1981:39). Em síntese, pode-se dizer que a teoria da autopoiese se resume a três fatores que são característicos desses sistemas: são fechados, circulares e auto-referentes, como já explicado acima.

A autopoiese do sistema biológico deu origem a uma verdadeira avalanche de estudos nas mais diversas áreas do conhecimento. Essa interdisciplinariedade também atingiu a Sociologia e o Direito, com várias formas de teorização.

Sob o prisma deste entendimento, o fundamento do Direito estaria nele próprio, e o fenômeno jurídico com a experiência jurídica a ele inerente, ocorreria num sistema fechado, autoprodutivo e auto-referente. A visão oposta coloca o Direito num sistema aberto, inter ou heterorreferencial (*alopoiese*), no qual onde até mesmo sua legitimidade encontraria espaço também em elementos externos, circundantes, ou como se queira, nos sistemas político, social e econômico e não apenas no próprio Direito. Por esse caminho busca-se trazer o Direito dogmático para um contato aberto com a vida e a experiência jurídica se completa com elementos externos trazidos de outros sistemas, que em completude vão imprimir o

passo para compreensão do fenômeno jurídico que não deixa de ter como referência primeira a norma, mas não apenas ela.

Para encetar melhor a compreensão do tema, toma-se a liberdade de remeter a teoria da autopoiese à Química. Tome-se por exemplo um composto químico simples: a água. Ora, em laboratório, para se obter água bastará que se junte dois átomos de hidrogênio na presença de um átomo de oxigênio ($2H + O = H_2O$) não é preciso nenhum elemento externo. É dizer, o sistema se autoproduz. Coisa diversa se tem quando para produção de um composto químico a presença dos elementos, *per si*, não se avulta suficiente para tanto porque o sistema não é autoproductivo, necessitando, desde aí, de um elemento externo chamado naquela ciência de reagente. Assim, quando a polícia se utiliza de bafômetro para verificar o nível de álcool em um indivíduo, é preciso um reagente, o dicromato de potássio ($K_2Cr_2O_7$), sem o qual não ocorre oxidação orgânica, que indica a existência de etanol no organismo. A experiência química, na hipótese, processou-se por meio de heterointerferência, mercê da qual se trouxe um elemento externo, sem o qual o resultado não seria alcançado, revelando tratar-se de um sistema não autoproductivo, portanto, *alopoiese*, de *al*, *állos*: do grego, elemento de composição significando “outro”, “um outro” ou “diferente” e *poiesis*: do grego, elemento de composição significando “formação”, “criação”, segundo Ferreira A., (1986, p. 90 e 1.352).

Impende, agora, que se proceda a um desdobramento do tema a fim de bem posicioná-lo no âmbito do Direito Constitucional, ao escopo de compreender a Constituição como um sistema aberto.

Pois bem. Quem ainda não rompeu o paradigma liberal-legal do Estado, quando indagado se o Direito Penal constitui um sistema aberto ou fechado, não hesitará um só instante em responder que o Direito Penal é um sistema fechado, ou como se queira, autopoietico, porque na definição dos tipos penais ou os elementos normativos se encontram presentes ou não existe o tipo, porque naquele campo do Direito se diz que vigora o princípio da estrita legalidade (*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*). Ou a tipologia se diz presente, delineando, gizando a conduta típica ou o espaço é de liberdade. Ora, não se pode olvidar, todavia, que até mesmo no Direito Penal, onde estão em causa valores maiores da essencialidade humana como a vida, a liberdade e a integridade física e moral, existem normas que conduzem, isto sim, a uma experiência jurídica pelo campo da *alopoiese*. De fato, que dizer das conhecidas normas penais em branco? Como pode o cientista do Direito aplicar a norma penal em branco sem se valer de elementos externos a ela? Aonde estão, por exemplo, as doenças cuja notificação é compulsória a fim de ensejar a tipicidade prevista no art. 269 do CP? Quais as mercadorias cuja internação ou exportação são defesas e quais as alíquotas de imposto devidas a ponto de

se poder configurar os crimes de contrabando e descaminho na forma do art. 334 do CP? Em ambas as hipóteses, a heterorreferência aponta para outras normas, que se não existirem, não haverá como aplicar o referido dispositivo.

Porém, às vezes, o elemento externo à norma, para ensejar sua eficácia, não se encontra em outra norma. Para alcançá-lo, o intérprete terá que se socorrer dos sistemas social, econômico ou político. Que dizer, por exemplo, da qualificadora do homicídio prevista no art. 121, § 2º, III, do CP? Por ali, vê-se que se o homicídio é cometido “com o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura *ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum*” poderá ter a pena exacerbada. Não há no sistema jurídico brasileiro nenhuma norma que estabeleça quais os outros meios insidiosos ou cruéis ou quais as situações que possam resultar perigo comum a ponto de qualificar o homicídio. O sistema jurídico não se autoproduz! Que dizer, ainda, do tipo previsto no art. 219 do CP: “Raptar *mulher honesta*, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso...” O que é ou deve se entender pela expressão etimológica *mulher honesta*?!! Qual ou quais os paradigmas de que se valerá o cientista do Direito para imprimir eficácia ao dispositivo? Aqui, sem dúvida, haverá elementos externos que vão influenciar de maneira direta no sistema, pois os seus próprios componentes não bastam *de per si* para ensejar o seu processamento a ponto de produzir efeitos.

Acredita-se que, a essa altura, já se possa compreender e aceitar que Direito não é exclusivamente norma! Que está correta a visão de João Maurício Adedoato na esteira do pensamento de Niklas Luhmann, muito bem dissecada por Maia (1999, p. 55), quando entende que é preciso bem caracterizar procedimentos extradogmáticos voltados para estabelecer na realidade a estrutura do Estado.

A caracterização de tais procedimentos extradogmáticos revelará o conteúdo alopoiético do Direito e colocará o seu cientista diante de duas grandes funções: 1ª) divisar o Direito como um sistema aberto que se integra com elementos inter-referenciais provenientes dos sistemas social, econômico e político; e 2ª) expungir desta abertura os procedimentos extradogmáticos ou elementos inter-referenciais nocivos porque não legitimadores do Direito, não se encontram voltados para a plenificação e a eficácia dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A partir desse ponto, pode-se, com efeito, verificar como se processa a fundamentabilidade material dos direitos humanos, que, juntamente com “uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente* consagradoras de direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional” (Canotilho, 1992, p. 510).

3.5. A Constituição aberta e a consagração dos direitos fundamentais

O conjunto das idéias expostas apontam para que se considere a Constituição

como um sistema aberto. É dizer: as normas constitucionais não são apenas as explícitas. Há de se admitir a existência de normas constitucionais não explícitas, isto é, não formalmente constitucionais, conquanto possam ser materialmente constitucionais.

Nessa ordem, as Constituições das últimas décadas do século passado começaram a ampliar o elenco dos direitos fundamentais, antes reduzidos ao formalmente expresso no texto, para admitir como integrantes do sistema constitucional aqueles provenientes de normas de Direito Internacional. A expansão deste fenômeno tem sido conhecida como a internacionalização do Direito Constitucional. De fato, não faltam nas Constituições modernas referências a normas de Direito Internacional como os tratados e os princípios.

A recepção das normas internacionais consagradoras de direitos humanos, todavia, não tem obtido da doutrina e jurisprudência brasileiras um tratamento voltado para assegurar a fundamentabilidade material de tais direitos. Basta perceber o dissenso doutrinário acerca do alcance do preceito vazado nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição.

Equacionando a matéria, impende conferir que o § 2º do art. 5º da Constituição brasileira estabelece que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Significa dizer, desde aí, que se o Brasil celebra um tratado, vale dizer, é parte de um tratado que verse sobre direitos humanos e que amplie o rol dos direitos estabelecidos na Carta, esse tratado se incorporaria ao sistema jurídico pátrio como norma materialmente constitucional, porque definidora de direitos. A incorporação desse tratado, de sua parte, em razão do mandamento vazado no § 1º do mesmo artigo, independeria dos procedimentos estabelecidos para a introdução do tratado, como norma de Direito Internacional, no plano interno. É que, confira-se, pelo disposto nesse último comando normativo, “as normas definidoras de direito fundamental têm aplicação imediata”.

Assim, concluída a celebração do tratado e o Brasil sendo nele parte, não haveria de cogitar de ratificação pelo Congresso Nacional, nem promulgação pelo presidente da República, porque a recepção da norma de Direito Internacional decorreria do comando emergente do § 2º do art. 5º, e sua aplicabilidade se daria de forma imediata, sem, como se afirmou, a exigência do procedimento voltado para imprimir fundamento de validade interna aos tratados, tal qual adotado pela Carta na dicção do art. 49, I, que agasalha a doutrina dualista, não admitindo que a norma de Direito Internacional possa ser aplicada internamente com o mesmo fundamento de validade do Direito Internacional, necessitando-se, desde aí, da

manifestação política do Estado para que o tratado possa ter validade em seu território.

Convém perceber que a norma vazada no § 1º do art. 5º encontra-se guarnecida pelo matiz Kelseniano da doutrina monista com primazia do Direito Internacional sobre o Direito Interno, o que permite a aplicabilidade direta e imediata do tratado.

Esta ordem de idéias, que tem como pressuposto filosófico a *alopoiense* constitucional, para admitir a integração da Constituição com os tratados que versem sobre direitos humanos, que seriam dotados de eficácia desde sua celebração, como já se assentou, ainda não goza de foro mais amplo na doutrina brasileira, muito menos na jurisprudência, mas, sem dúvida, avulta-se o caminho apropriado para imprimir fundamentabilidade aos direitos humanos proclamados em tratados celebrados pelo Estado brasileiro. Vozes neste sentido, não obstante, já se levantam, sendo certo que o dissenso volta-se mais para o campo da aplicabilidade imediata, já se admitindo, em maior escala, a incorporação dos direitos previstos em tratados como normas constitucionais⁴.

A despeito da boa indicação doutrinária, na Suprema Corte a matéria obteve direcionamento pela vertente oposta. Com efeito, mais de uma vez o STF enfrentou o problema da aplicação de tratado de direitos humanos em face do Direito interno. Numa destas oportunidades, o debate foi suscitado quando se deparou com a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que impingiu tutela contra a despedida arbitrária. Note-se que este tratado foi celebrado e incorporado pelo Estado brasileiro. Todavia, sob, entre outros fundamentos, que a estabilidade no emprego depende de lei complementar, nos termos do art. 7º, I, da Carta, o STF não admitiu que um tratado pudesse ser incorporado como lei complementar, quando, segundo a Suprema Corte, tradicionalmente, no sistema jurídico brasileiro, os tratados são incorporados como lei ordinária (ADI 1.480 MC/DF). Note-se que neste julgamento foi impressa uma densidade normativa ao art. 7º, I, que lhe deferiu maior relevância em detrimento do comando emergente do art. 5º, § 2º, da Carta. Posições contrárias, todavia, expendem-se dos votos vencidos dos Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence, sob vários fundamentos, inclusive sob a perspectiva do monismo internacionalista e da possibilidade da Convenção 158 da OIT encontrar-se incorporada como lei complementar.

A posição do STF pode ainda ser divisada quando enfrentou a prisão civil de depositário infiel em face do Pacto de São José da Costa Rica. Aqui, em várias oportunidades, sustentou a Suprema Corte que tratado somente pode ser incorporado como lei ordinária, permitindo a conclusão de que o art. 7º, inciso 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao estabelecer a possibilidade de

apenas uma hipótese de prisão civil – aquela do devedor de prestação alimentícia – não se encontra recepcionado em face de a Constituição prescrever prisão civil para o devedor de prestação alimentícia e para o depositário infiel (art. 5º, LXVII). Admitir-se a recepção, em respeito ao § 2º do art. 5º, implicaria, nesta hipótese, anuir que aquele tratado possuiria o condão de derrogar o preceito constitucional do art. 5º, LXVII. E isso, segundo a Suprema Corte, avulta-se inadmissível, porque “Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, inciso 7, do Pacto de São José da Costa Rica (“ninguém deve ser detido por dívida”: “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição.” (excerto da ementa do HC 73.044/SP, de relatoria do Min. Maurício Corrêa).

Em razão da motivação deduzida pela Suprema Corte, uma indagação se impõe: estaria, na hipótese, o compromisso assumido pelo Estado brasileiro em tratado internacional de que é parte, minimizando o conceito de soberania do Estado-povo? A resposta, com a devida vênua, é negativa. O raciocínio é exatamente o contrário.

Ora, é postulado das sociedades políticas democráticas o de que “todo poder emana do povo”. Diferentemente não o é no Estado brasileiro, onde sua Carta Política faz vazar expressamente este preceito (art. 1º, parágrafo único). Na verdade, está-se diante de preceito que num Estado de Direito democrático não precisa sequer estar insculpido de forma explícita, porque se trata de norma de natureza supraconstitucional, que ao lado das normas consagradoras de direitos humanos, situam-se no âmbito do que está se convencionando chamar no Direito Internacional de *ius cogens*, ou seja, trata-se de preceitos erigidos em defesa da proteção da dignidade da pessoa humana que, em razão de sua essencialidade para a existência digna, teriam o condão de se erigir com caráter *erga omnes* e pautariam, ainda que em caráter extradogmático, as ações do Estado, estabelecendo atitude mais vinculativa do que dispositiva da parte deste em relação à satisfação de seus conteúdos.

Permite-se concluir, desde aí, que até o exercício do poder constituinte originário encontraria limitação nas normas supraconstitucionais de caráter *ius cogens*. Como corolário, não há como não admitir que a vontade soberana do povo brasileiro está vazada na Constituição, no sentido de admitir que os tratados que tratem de direitos humanos estão incorporados ao sistema jurídico pátrio como norma de natureza constitucional (art. 5º, § 2º) e, diga-se de passagem, não como qualquer norma de natureza constitucional, senão como norma materialmente constitucio-

nal, o que traz reflexos em relação à fundamentabilidade formal de tamanha importância como neste trabalho já enfrentados.

Se assim, como corolário, é forçoso admitir-se que o art. 7º, inciso 7, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, está recepcionado no sistema jurídico brasileiro como norma constitucional, por força do comando emergente do art. 5º, § 2º, da Carta, em satisfação da vontade da soberania popular, expressada em assembléia constituinte. E em decorrência, autoriza-se concluir que a nova norma constitucional derogou a norma constitucional anterior, ou seja: aquele dispositivo do tratado revogou parcialmente o inciso LXVII do art. 5º da Constituição, de modo a ter-se como certo que no Estado brasileiro existe, agora, apenas uma espécie de prisão civil por dívida: a do devedor de prestação alimentícia pelo inadimplemento voluntário e inescusável.

Vê-se, sob tal contextura, que o viés para solucionar a questão não se encontra no fundamento da soberania, que no entender da Suprema Corte não pode ser minimizado. Divisa-se, ao contrário, que a soberania resta fortalecida ao se imprimir eficácia ao dispositivo constitucional, cujo conteúdo expressa a vontade popular soberana. Essa interpretação, convém notar, além de satisfazer o fundamento da soberania (art. 1º, I, e parágrafo único), volta-se para igualmente satisfazer outro fundamento de igual ou maior importância – como estou convencido – a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). A propósito, registra Bonavides (2001, p. 233) que:

Toda a problemática do poder, toda a porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.

Parece, com efeito, que só há sentido falar em soberania se o seu exercício voltar-se para imprimir conteúdo material ao fundamento da dignidade da pessoa humana, o que efetivamente só se pode conceber no âmbito de uma Constituição aberta, voltada, como defende Canotilho (1992, p. 510), para a realização plural de todo o sistema constitucional, que possibilite o pleno desenvolvimento do homem.

A posição que está prevalecendo na Suprema Corte redundando por hipertrofiar o conceito de soberania em detrimento da dignidade da pessoa humana e resulta, sem dúvida, de uma visão dogmática que reduz o Direito a normas explícitas. Com isso, fecha-se a Constituição, impedindo que a ação da jurisprudência funcione como mecanismo propulsor de uma expansão do fenômeno da mutação

constitucional, significando a alteração da Constituição sem a atuação do poder constituinte derivado. É por desconsiderar essa visão que aqueles que ostentam a posição contrária defendem que a incorporação dos tratados consagradores de direitos humanos necessitariam ser incorporados por emenda constitucional, como, aliás, pode-se ler em votos vencedores nas decisões da Suprema Corte sobre a matéria aqui antes reportada. Essa tendência nefasta de reduzir o direito à norma explícita de fato obriga, da parte dos operadores que a adotam, comportamento da espécie. Assim, quando se deparam com uma hipótese em que a norma não se encaixa tal qual a mão à luva, ou ainda quando a luva aperta, pior ainda, quando não há luva – quer-se dizer, quando não há moldura normativa – sentem uma dificuldade tamanha de trabalhar cientificamente o Direito, de decidir, no caso dos magistrados, e outra não é a opção senão conduzir a questão para o caminho da legalidade formal, fugindo da *alopoiense* jurídica e daí as proposições *de lege ferenda*, ainda que *de lege ferenda constitucionalis*, como pretende o STF.

Para arrematar, observe-se que a opção da Suprema Corte pelo veio da formalidade dogmática em defesa da soberania, em descompasso, também, com a tendência globalizante, que torna cada vez mais o homem sujeito de Direito Internacional, redonda por desprestigiar ainda mais a soberania popular que, nos termos do art. 4º, II, impele a atuação do Estado brasileiro voltada para a prevalência dos direitos humanos.

4. Conclusões

As considerações precedentes permitem as seguintes conclusões:

4.1. Não se define “Estado de Direito” apenas pela via formal, mas sobretudo quando se enfrenta a ordem jurídica estabelecida para verificar sua legitimação e seu conteúdo, que deve estar voltado para a satisfação da dignidade da pessoa humana. Assim, apenas a democracia pode realmente fomentar o ambiente propício para o surgimento do verdadeiro “Estado de Direito”, como registra com ênfase Radbruch (1962, p. 52): “*la democracia es por cierto un valioso bien, el Estado de Derecho es, empero, como el pan cotidiano, el agua que se toma, el aire que se respira y lo mejor de la democracia es que ella es la única apropiada para asegurar el Estado de Derecho*”.

4.2. O autêntico Estado de Direito democrático enseja o ambiente propício para a fundamentabilidade dos direitos humanos em todas as suas dimensões porque, sem desprezar os pressupostos filosóficos do Estado de Direito liberal e do Estado de Direito social, que podem ser resumidos, respectivamente, no binômio liberdade-igualdade, volta a atenção para imprimir conteúdo material aos chamados direitos de terceira geração, aqueles voltados para plenificação do homem

num mundo, numa única palavra, fraterno, condição basilar para o desenvolvimento de todos os aspectos da personalidade, pressuposto do direito à felicidade.

4.3. A esse escopo, a *alopoiese* jurídica aponta o caminho a ser palmilhado à guisa de imprimir fundamentabilidade aos direitos humanos, quando enseja a compreensão do direito como um sistema aberto, inter-referente e heteroprodutivo, permitindo a percepção da “Constituição aberta” a ponto de se considerar a primazia de normas supraconstitucionais que integram o chamado *ius cogens*, entre elas, normas de Direito Internacional (princípios e tratados) voltadas para a consagração dos direitos humanos.

4.4. Sob o auspício deste entendimento pode-se conceber a recepção direta no Direito brasileiro, em nível de norma constitucional, dos tratados que consagram direitos humanos, em decorrência dos preceitos vazados nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição, que admitindo a integração inter-referente e heteroprodutiva do sistema constitucional, acolhe essas normas como normas materialmente constitucionais, porque definidoras de Direito, mas não formalmente constitucionais.

4.5. Como corolário, normas constitucionais que tais revogam ou derogam as normas constitucionais anteriores desde que voltadas para satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana, sem que se divise, aí, qualquer menoscabo à soberania do *Estado-povo*; já porque os preceitos vazados naqueles comandos constitucionais expressam a vontade popular que, em suma, é a que deve estar plasmada na opção e decisão jurídico-políticas a fim de que o Direito posto, ainda que positivado e mercê de norma particular como a decisão judicial, seja realmente legítimo e, portanto, democrático; já porque, não se pode olvidar, de acordo com a Constituição, a soberania é tão fundamento do Estado brasileiro quanto a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e III), e o exercício daquela qualidade do poder do Estado apenas terá sentido em função da satisfação deste postulado básico da vida.

Notas:

¹ Sobre esse conflito, consultar Gustav Radbruch in *Arbitrariedade legal y Derecho supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-perrot, Coleccion Nueva Teoria, 1962.

² Political Development in the new states *apud* Dalmo de Abreu Dallari in *O Futuro do Estado*. São Paulo: Moderna, 1980, p. 164.

³ Nesse sentido vale conferir: 1º) Cançado Trindade, Antônio Augusto. *A interação entre o Direito Internacional e o Direito interno na proteção aos Direitos Humanos*, in *A Incorporação das Normas Internacionais de proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. San Jose de Costa Rica/Brasília: 1996, Ed. Cançado Trindade, p. 205-236; 2º) Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 75-120; 3º) Piovesan, Flávia. *Globalização Econômica, Integração Regional e Direitos Humanos*, in Piovesan, Flávia (Coordenadora). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 39-75; 4º) Mello, Celso

D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal, in Torre, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25-26; 5º) Galindo, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 249-321; e 6º) Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais. Estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 233-325.

Bibliografia:

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BOBBIO, Noberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 2000.

_____. *O Futuro da democracia*. 8ª ed., São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992.

CORREIA, Oscar Dias. *A defesa do Estado de Direito e a emergência constitucional*. Rio de Janeiro: Presença, 1980.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Ed. Moderna, 1980.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A revisão da doutrina democrática. In: *Problemas Brasileiros, Revista Mensal de Cultura*, ano XVII, 189. São Paulo: 1980.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Pinto. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, v. I, 3ª ed., 1975.

GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1953.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Buenos Aires: Ed. Albatros, 1973.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. *Teoria pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: *Liber Juris*, 1988.

MAIA, Alexandre da. Autopoiese versus prática procedimental: o falso dilema do Poder Judiciário. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*. Recife, v. 4, 9, jan./jun. 1999.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

PEDROSA, Maria Bernardette Neves. *Estado de Direito e segurança nacional*. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da OAB. Curitiba: 1978.

RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedade legal y Derecho suprallegal*. Buenos Aires: Abeledo-perrot, Colección Nueva Teoria, 1962.

SALDANHA, Nelson. *Estado de Direito, liberdades e garantia*. Recife: Ed. UFPE, 1980.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a normal! In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE*, 7, Recife: ed. UFPE, 1995, separata do *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, p.45-60, traduzida por João Maurício Adeodato.

A Teoria Moderna do Crime Omissivo

Luciana Sperb Duarte*

1. Justificativa

No estudo do Direito Penal, poucos tópicos suscitam tantas perplexidades como a teoria dos crimes omissivos. A respeito, Heleno Fragoso chegou mesmo a afirmar que a omissão punível constitui “um dos temas mais difíceis e uma das questões mais tormentosas da ciência do Direito Penal”.¹

A constatação, longe de desestimular a pesquisa, aguçou-nos a curiosidade a respeito do assunto, incitando-nos a empreender esforços para tentar aclarar o tema.

O presente trabalho propõe a discussão da questão, enfocando especialmente os atualíssimos temas da imputação objetiva e da tentativa na omissão e do círculo especial de agentes nos crimes omissivos impróprios.

2. Breve esboço histórico

A despeito de a regulamentação dos crimes omissivos haver sido feita desde os primeiros diplomas legais vigentes no Brasil, sua construção doutrinária tardou.

Na vigência das Ordenações, apenas intuía os mestres que a omissão poderia ter alguma relevância penal, compreendido como era que a denominação *fato* alcançava não só a comissão como a omissão. Todavia, muito pouca importância dispensou-se ao tema, sendo inteiramente desconhecidos no Brasil Colônia os crimes omissivos impróprios.

Diversamente não ocorreu à vigência do Código Imperial de 1830. A despeito de o diploma referir-se à omissão ao definir o crime (art. 2º, § 1º, *verbis*: “Art. 2º Julgar-se-ha crime ou delicto: § 1º Toda ação ou omissão voluntária contrária às leis penais”), poucas foram as atenções doutrinárias lançadas sobre o assunto.

Até que, em 1879, Tobias Barreto deteve-se sobre a questão. Distinguiu os crimes comissivos dos omissivos segundo a natureza preceptiva ou proibitiva do mandamento desobedecido e, não sem criticar o laconismo do Código, identificou duas as espécies de delitos omissivos, os próprios e impróprios, assentando a responsabilidade pelos últimos simplesmente na causalidade da ação faltante.

* Promotora de Justiça em Goiás e mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás.

A concepção naturalística da omissão ainda dominou a doutrina pátria na vigência do Código Penal Republicano (1890), que, em seu art. 2º, versou-a nos seguintes termos: “A violação da lei penal consiste em acção ou omissão; constitue crime ou contravenção”. A esta altura, todavia, encontrava-se já enriquecida a teoria com as noções de *possibilidade concreta* e *dever jurídico de agir*.² Apontavam-se fontes da obrigação de atuar o preceito normativo positivo, a convenção e o ato anterior, culposos ou dolosos, imputáveis ao omitente, capazes de fazer eclodir o resultado.

Por ocasião da discussão e elaboração do Código Penal de 1940, muito mais ocupou-se a *opinio doctorum* com o tema. Disso é testemunho a famosa elaboração de Alcântara Machado, que propunha a inclusão, no projeto, de dispositivo específico, *litteris*:

Art. 9º O agente só responderá pelo evento que for efeito de sua ação ou omissão.

§ 1º Faltar à obrigação de impedir o evento equivale a causá-lo. (...)

A proposta restou repelida. O Código Penal de 1940, silenciou, pois, sobre o assunto, consignando apenas a causalidade da omissão (art. 11) e relegando a enumeração das fontes do dever de agir às construções doutrinária e jurisprudencial.

A evolução do Direito Penal, porém, acabou por descortinar o que até então não houvera sido observado com a necessária detença: a ausência de norma específica versando as hipóteses que determinavam o dever de atuar descurava o princípio da reserva legal, malferindo a tipicidade dos crimes comissivos por omissão.

A respeito, comentou Paulo José da Costa Jr.:

O Projeto Alcântara Machado, que antecedeu o Código Penal de 1940, continha dispositivo que a Comissão Revisora deliberou suprimir: (...) Não poderia o legislador brasileiro de forma alguma suprimir o dispositivo em questão. Sem ele, não será possível promover a condicionalidade hipotética omissiva à categoria de causa. Necessário, portanto, o decreto de promoção normativa. Ausente a ficção legal, a omissão perde sentido. Dilui-se, desnorteia-se.³

Essa passou a ser a maior crítica ao tratamento dispensado pelo Código de 1940 à relevância penal da omissão.

Somou-se a isso intensa movimentação intelectual tendendo à superação da concepção puramente naturalística da omissão, que passou a ser encarada também sob enfoque normativo (*juízo hipotético de causalidade*).

Diante desses novos conceitos, o próprio Hungria – um dos principais artífices do Código Penal de 1940 – refluíu, e o Código Penal de 1969, para cuja

elaboração prestou sua valiosa contribuição, explicitou os casos do dever de agir em seu art. 13, § 2º.

A adoção dessa linha foi justificada pelo mestre:

Importante é o que agora aparece como referência aos crimes comisivos por omissão. Não se encontram especificados na lei vigente, nem nos códigos de sua época, os pressupostos da conduta típica, dessa categoria de delitos, defeito que as legislações penais modernas vêm corrigindo. Como se demonstrou, amplamente, a ilicitude aqui surge, não porque o agente tenha causado o resultado, mas porque o não impediu, violando o seu dever de garantidor. É indispensável fixar na lei as fontes de tal dever de atuar.⁴

A mesma trilha seguiram os condutores da Reforma de 1984, sendo a omissão atualmente tratada no art. 13 do Código Penal, *verbis*:

Art. 13 O resultado, de que depende a existência do crime, só é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

(...)

§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

O Código Penal hoje adota, vê-se, formulação híbrida a respeito da natureza jurídica da omissão, combinando os critérios mecanicista (*caput*) e normativo (§ 2º).

As razões conducentes à adoção dessa fórmula mista encontram-se explicitadas na Exposição de Motivos da Lei 7.209/84:⁵

Pareceu-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e conseqüentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito. Pôs-se, portanto, em relevo a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano. Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (*nullum crimen sine actione*), o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de participar o ato ou abster-se de fazê-lo.

No art. 13, § 2º, cuida o projeto dos destinatários, em concreto, das normas preceptivas, subordinados à prévia existência de um dever de agir. Ao introduzir o conceito de omissão relevante, e ao extremar, no texto da lei, as hipóteses em que estará presente o dever de agir, estabelece-se a clara identi-

ficção dos sujeitos a que se destinam as normas preceptivas.

Essa, em linhas gerais, a evolução da teoria e legislação pátrias acerca do crime omissivo.

3. Conduta comissiva e conduta omissiva

O Direito Penal visa apenas à tutela dos bens jurídicos mais caros à sociedade (*caráter subsidiário e mínimo da intervenção penal*), protegendo-os das lesões mais graves a que possam ser expostos. Isso se faz especialmente pela vedação da prática de condutas lesivas, isto é, proibindo-se que o perigo a tais bens seja produzido por comportamento próprio do homem. Contudo, o caráter tutelar do Direito Penal não se contenta com a simples proibição de condutas lesivas. Diante de situações específicas, a exposição do bem jurídico a perigo pode dar-se em condições tais que, para arrostá-lo, far-se-á necessária a intervenção positiva do homem. Nessas hipóteses, a norma penal exige comportamento de ação tendente ao impedimento de resultado lesivo (*Direito Penal Solidário*), construindo-se então, com completez, o quadro de proteção traçado pelo Direito.

Dessa forma, a conduta criminosa, elemento do fato típico, pode realizar-se por comportamento ativo ou omissivo, conforme a natureza proibitiva ou mandamental da norma penal em foco. Na primeira hipótese, o autor infringe vedação legal, pondo em movimento atividade proibida tendente à lesão de um bem jurídico penalmente tutelado. Na segunda, infringe preceito positivo, ordenatório de determinada conduta necessária à proteção do bem jurídico, abstando-se dela.

A hipótese de incidência penal cumpre-se, pois, por ação (*um fazer*) ou por omissão (*um não fazer o que é devido*) orientada segundo a finalidade de violação da norma. Assim, v.g., realiza ativamente o tipo do art. 121 do Código Penal o autor que movimentando as condições necessárias a matar alguém, desferindo-lhe tiros de revólver em regiões vitais do corpo; e, por abstenção, pratica o crime de omissão de socorro (art. 135 do CP) quem, diante de situação típica de perigo vivenciada por enfermo, deixa de prestar-lhe assistência ou pedir o auxílio de autoridade pública.

A despeito de aparentemente simples, a distinção entre crimes omissivos e crimes comissivos comporta inúmeras dificuldades.

De feito, nem sempre é fácil identificar determinado delito como omissivo ou comissivo.

Em interessante trabalho sobre o tema, Juarez Tavares expõe os percalços da questão por meio de um exemplo curioso. Um médico cuida de paciente que sofre parada cardíaca, aplicando-lhe técnicas de reanimação. Depois de algum

tempo, desiste de prosseguir nas tentativas de salvá-lo e o paciente falece. Seu comportamento, não há dúvida, é omissivo. Suponha-se, todavia, que, em vez de simplesmente deixar de aplicar massagens no paciente, o médico providenciasse que tais massagens fossem realizadas por meio de um aparelho mecânico. Não atestando melhoras no quadro clínico da vítima, acaba por reputar inócua também essa tentativa de reanimação e desliga o aparelho que a mantinha viva, fazendo sobrevir-lhe a morte. Nesse caso, é de se indagar: trata-se de conduta omissiva ou comissiva?⁶

Diversas foram as construções elaboradas para aclarar a questão, fincadas ora em critérios mecanicistas (*teoria da energia*: o comportamento comissivo necessariamente provoca desprendimento de energia, incorrente na conduta omissiva), ora na causalidade (a comissão caracteriza-se sempre que o agente movimenta um processo causal material, que produza o resultado lesivo), ora no plano normativo (*critério do ponto de gravidade da conduta penalmente relevante*, consoante o qual a comissão e a omissão somente podem ser apreendidas pelo sentido imprimido à norma violada pela ordem social). Nenhuma delas, contudo, colheu os aplausos da doutrina, pois mostraram-se insuficientes para solucionar um sem-número de hipóteses em que se instalaram dúvidas sobre a qualificação da conduta penalmente relevante.

Hodiernamente, compreende-se que a distinção entre crimes omissivos e crimes comissivos há de ser traçada não pela análise da *modalidade da conduta empreendida*, mas pelo exame da *estrutura proibitiva ou mandamental da norma penal*. A omissão caracteriza-se porque a norma que a enfoca *assinala determinado dever de agir ao omitente* (a omissão não é um simples não fazer, mas um *não fazer o que se ordena*), enquanto a comissão existe como tal independentemente de qualquer dever de agir normativamente posto.

Especial atenção merece o tópico quanto aos crimes omissivos impróprios praticados pelo ingerente, caracterizados precisamente pela conduta precedente positiva que gera o risco da superveniência do resultado. Vários são os critérios de que se serve a doutrina para distinguir tais delitos em comissivos ou omissivos, destacando-se dois. Pelo primeiro, exposto por Ordeig, perquire-se sobre a conduta anterior constituir-se, desde logo, fato típico:

...si un mismo sujeto ha causado um resultado y, posteriormente, ha omitido impedirlo, el delito será de omisión si el comportamiento activo causante, por no ir acompañado de dolo ni de imprudencia, no es subsumible en el correspondiente tipo del delito de acción.

(...)

Si, por el contrario, la acción que precede a la omisión se ejecutó ya con dolo o imprudencia, entonces prevalecerá el comportamiento (activo o

pasivo) más grave, siendo desplazado el de menor entidad, concurriendo ambos – como unidad natural de comportamiento – cuando sean igualmente graves; en el supuesto de que la acción y la omisión obedezcan a títulos de imputación distintos (imprudente una, dolosa la otra) y que los bienes jurídicos lesionados por aquéllas (por ejemplo, vida en el homicidio, solidaridad en la omisión del deber de socorro) sean distintos también, entrará en juego un concurso (por ejemplo, entre homicidio imprudente y omisión del deber de socorro dolosa).⁷

Pelo segundo, a investigação sobre a conduta antecedente há de fixar-se em ter ela ocasionado *dano imediato* ou *perigo ao bem jurídico*. Na primeira hipótese, estar-se-á diante de crime comissivo, e na segunda, de crime omissivo⁸.

4. Classificação dos crimes omissivos: crimes omissivos puros ou próprios ou de omissão simples e crimes omissivos impróprios ou de omissão qualificada ⁹

Duas são as espécies de crimes omissivos: os chamados crimes omissivos próprios, ou puros, ou de omissão simples, e os impróprios ou de omissão qualificada.¹⁰

Crimes omissivos próprios são aqueles que se perfazem com a simples inação do sujeito, o qual, embora tenha assinalado o dever jurídico de atuar no caso concreto (*dever geral de assistência*), deixa de empreender a atividade de salvamento exigida pela norma penal. A previsão típica de tais delitos não contempla o resultado, senão a simples abstenção da conduta que, diante da situação de perigo, é ordenada. Assim, por exemplo, o crime de omissão de socorro, cujo *iter criminis* se exaure com a mera abstenção da ação de salvamento, funcionando a superveniência do resultado indesejado apenas como qualificadora do delito (CP, art. 135, parágrafo único).

A conceituação de crimes omissivos impróprios, de sua vez, não prescinde da caracterização do resultado típico. Nessa espécie de delito, imputa-se a superveniência do resultado lesivo à abstenção da conduta de salvamento exigida ao omitente, a quem, em razão de especial vinculação com o bem juridicamente tutelado, encarrega o Direito de *prover a que o resultado não sobrevenha*, numa obrigação de *permanente vigilância* ao bem jurídico em questão, de cuja incolunidade é verdadeiro *assegurador*.

Assim, ao contrário de como ocorre nos crimes omissivos puros, suscetíveis de serem praticados por qualquer pessoa que se veja diante de situação típica de perigo, o *círculo de autores* no crime omissivo impróprio é delimitado, especializando-se naqueles que detêm a chamada posição de *garantes* da não-ocorrência do resultado. O *status* de garantidor decorre da norma, do contrato ou assunção

fática de proteção do bem jurídico ou da prática de conduta anterior que tenha criado o risco da ocorrência do resultado (art. 13, § 2º, do CP). Exemplifica-se, em lição já clássica, o crime omissivo impróprio pela conduta da mãe (*incumbida, por norma constitucional – art. 229 da CF/88 – de prestar assistência ao filho menor*) que, deixando de amamentar o filho, permite seu perecimento por inanição. Nessa hipótese, há verdadeira *identidade* entre os conteúdos de injusto da omissão e da causação do resultado por ação, de tal modo que à mãe será imputada a morte do filho a título de homicídio, doloso ou culposo, conforme o direcionamento subjetivo da conduta.

5. A previsão típica da omissão

Antes de mais nada, cumpre assinalar que, ao passo que os crimes omissivos próprios são tipificados em estruturas individualizadas na Parte Especial do Código Penal, o mesmo não ocorre com os crimes omissivos impróprios, cuja correspondência legal encontra-se em tipos ativos, complementada a subsunção típica da conduta pela aferição da posição de garante. Trata-se, pois, de *tipos penais abertos*, não expressos, que, na feliz construção de Zaffaroni e Pierangeli, como um “falsete” encontram-se detrás dos tipos ativos correspondentes.¹¹

Como já referido, o *fattispecie* dos crimes omissivos tem sempre caráter mandamental, ordenando a prática de uma determinada conduta a quem se encontre diante de uma situação típica de perigo ao bem jurídico.¹² Na omissão há, pois, uma *abstenção* que infringe a prescrição legal de conduta.

Corolário do caráter preceptivo do tipo omissivo, integra-o também a *possibilidade física e pessoal de praticar a conduta ordenada*, porquanto a ninguém se pode exigir o impossível. Não se omite em salvar pessoa que se está afogando aquele que não sabe nadar. A conduta exigida há de ser possível a seu destinatário, não só em condições genéricas (*proibição da exigência de conduta desde logo impossível a todos*) como em circunstâncias pessoais do omitente, cumprindo, pois, aferir, diante do caso concreto, sua capacidade de atuar com sucesso para arrostar o perigo que ameaça o bem jurídico.

O tipo dos crimes omissivos contém a descrição de uma *situação de perigo* que fundamenta o dever de atuar. Ausente a circunstância que aponta a periclitação do bem juridicamente tutelado, a abstenção será penalmente irrelevante. Passa-se aqui, em verdade, o mesmo que nos crimes comissivos: a perfeita subsunção do fato à norma exige o preenchimento de todos seus elementos típicos.

A previsão típica dos crimes omissivos integra-se ainda pelo elemento subjetivo: dolo ou culpa.

Similarmente à comissão, caracteriza-se o dolo omissivo pela *consciência* e pela *vontade* de cumprir todos os elementos da hipótese de incidência penal. As-

sim, o omitente há de ter *consciência* da situação típica de perigo, de seu poder de agir para conjurá-lo e, nas omissões impróprias, de sua posição de garantidor da não-superveniência do resultado lesivo. Sua *vontade*, por sua vez, refere-se à decisão de se abster da conduta de salvamento exigida, seja por desejar o resultado (*dolo direto*), seja por admitir o risco de sua ocorrência (*dolo eventual*).

Também a culpa omissiva caracteriza-se pelo mesmo mecanismo que nos crimes comissivos, dependendo de previsão expressa no tipo específico da omissão própria ou no tipo ativo correspondente à omissão imprópria. Assenta-se na *violação do dever de cuidado*, por imprudência, imperícia ou negligência, e na *previsibilidade objetiva*, consistente na possibilidade de o omitente antever que de sua inação pode advir perigo ao bem jurídico ou agravamento do risco preexistente. Assim, pratica homicídio culposo por omissão o salva-vidas que, erroneamente julgando impossível empreender a conduta de salvamento exigida, dela se abstém, permitindo o afogamento da vítima.

A culpa omissiva comporta as duas conhecidas modalidades de negligência, a *culpa consciente* (o sujeito antevê a possível situação de risco a originar-se ou agravar-se com sua inação, porém crê que isso não venha a ocorrer) e a *culpa inconsciente* (o omitente não chega a ter a representação do perigo), esta última peculiar aos chamados *delitos de esquecimento*.

Além desses caracteres, pertinentes às duas espécies de delitos omissivos, especializa-se a previsão legal dos crimes omissivos impróprios por dois aspectos: a obrigação de impedir o resultado decorrente da posição de garante e a identidade material¹³ de injusto entre a abstenção do comportamento exigido para impedir o evento lesivo e o ato violador do preceito proibitivo correspondente.

O tipo dos crimes omissivos próprios, como já acentuado, não faz referência ao resultado, senão para exacerbação da pena a ser aplicada. É dizer: os crimes omissivos puros consumam-se com a simples abstenção da conduta devida, independentemente da superveniência do resultado temido. Já os delitos omissivos impróprios são crimes materiais, não se prescindindo, para sua consumação, da superveniência do resultado.

6. A causalidade normativa na omissão

O tema da causalidade na omissão é dos mais espinhosos em Direito Penal, não tendo logrado, ainda, solução científica satisfatória.

As atribuições remontam à própria construção doutrinária do conceito de ação, que, fincada em dogmas naturais, usou relacioná-la diretamente à *causação de um resultado*.

Embora essa concepção não encontre obstáculos sérios para amoldar-se à estrutura da conduta comissiva, o mesmo não ocorre relativamente à omissão, caracterizada pela inaptidão a provocar qualquer resultado no plano puramente natural. Com efeito, o que causa o resultado penalmente relevante não é a inatividade do omitente (*ex nihilo nihil fit*), mas as forças que atuam paralelamente à abstenção da conduta juridicamente exigida.

Para melhor compreensão da questão, é necessário percorrer as várias teorias construídas para explicar como se dá o nexo causal na omissão.

Os primeiros esforços empreendidos pelos doutos para compreender a imputação do resultado lesivo ao omitente residiram no plano naturalístico. Destacaram-se, então, as teorias da ação contemporânea, da negação da ação esperada, da ação antecedente e da interferência.

Segundo a teoria da ação contemporânea, elaborada por Luden, a causalidade da omissão reside em que, no momento em que se abstém da conduta devida, realiza o omitente ação diversa, a qual seria causa do resultado. A teoria não resistiu à famosa objeção de Krug: a mãe que tricota meias em vez de alimentar o filho mata-o por tricotar meias.

Diante da crítica formulada à teoria da ação contemporânea, a doutrina passou a considerar a causalidade da omissão não na ação realizada em lugar da devida, mas na negação da ação esperada, à consideração de que o comportamento diverso do exigido, contemporaneamente à situação de perigo, impossibilita fisicamente a ação de salvamento por parte do omitente. Todavia, a elaboração não resiste às mesmas objeções anteriormente expostas: a conduta praticada ao momento em que se desenvolve o curso causal conducente ao resultado lesivo simplesmente não interfere nos eventos que o provocam naturalisticamente. De mais a mais, nem sempre o omitente pratica alguma conduta enquanto se abstém do ato de salvamento, podendo simplesmente manter-se inerte.

A teoria da ação antecedente, por sua vez, situa a figura do omitente como causador indireto do resultado, na medida em que, com seu atuar positivo precedente, movimentou condições favoráveis à eclosão do evento ou assumiu a obrigação de evitá-lo. Essa construção teórica não se amolda, contudo, aos casos em que o omitente não haja praticado qualquer ação anterior. Demais disso, falha em situar a causalidade em momento cronologicamente distinto do dolo e da culpa.

Finalmente, consoante a teoria da interferência, no momento em que se abstém da conduta devida o omitente produz movimento orgânico interferente sobre o impulso de agir, transformando-se, por essa forma, em causador do resultado. A construção padece da mesma artificialidade das anteriores, mormente se transposta às omissões culposas inconscientes, nas quais o omitente não tem representação

alguma sobre o perigo que ameaça o bem jurídico.

Nenhuma dessas teorias logrou sustentar-se, precisamente porque todas buscaram situar a relevância da omissão na causalidade natural, sendo certo que *causa* do evento temido são as forças que contemporaneamente atuam sobre o bem jurídico, cuja ação não é impedida pelo omitente. Em verdade, todas as construções teóricas referidas serviram a demonstrar que a omissão não se situa no plano do ser; ao revés, dado axiológico que é, reside no mundo do dever ser.

Reconhecendo essa verdade, passou a doutrina a situar a questão sob o enfoque normativo. Assim surgiram as teorias da causalidade dos escopos do Direito e da causalidade do ordenamento social, ambas assentadas em que a omissão é causa do evento sempre que assiste ao omitente o dever de agir para evitar o resultado lesivo, seja em atendimento às finalidades das normas jurídicas, seja para assegurar o funcionamento da engrenagem social.

Finalmente, desenvolveu Von Liszt a construção atualmente mais aceita a respeito do assunto. A omissão não é modalidade de conduta capaz de ser apreendida sob o prisma da causalidade. Releva, isto sim, investigar as circunstâncias debaixo das quais não atuar para impedir um resultado identifica-se, sob o enfoque do injusto, com causá-lo.

Em verdade, a pedra-de-toque do problema é a vinculação da omissão a um dever de agir: não se poderia conferir qualquer relevância à inércia, do ponto de vista jurídico-penal, não detivesse o omitente a obrigação jurídica de atuar para impedir o resultado. Neste ponto é que se desloca a questão ao mundo axiológico, distanciando-se de concepções puramente naturalísticas. A omissão, consoante assinala, com bastante propriedade, Juarez Tavares, “é modalidade de conduta valorada”.¹⁴ Por tudo isso, hoje não mais se fala simplesmente em *causalidade omissiva*, mas em *causalidade normativa na omissão*.

7. A imputação objetiva na omissão

O tema da imputação objetiva, embora estreitamente conexo com a causalidade, com ela não se confunde.

De feito, cuida-se de duas etapas distintas à investigação da responsabilidade penal. Aferida, nos crimes materiais, a causalidade física, investiga-se a imputação normativa do resultado ao autor, sob o enfoque de uma *justa punição*.¹⁵

O tipo dos crimes omissivos puros não alude à produção de qualquer resultado naturalístico, residindo a fundamentação da punição ao omitente na simples inobservância do dever de assistência que lhe incumbia. Já nos crimes omissivos próprios qualificados pelo resultado e nos omissivos impróprios há previsão típica

de resultado naturalístico.

Nos crimes de omissão, a relação de causalidade não se passa do modo como nos omissivos. Faz-se necessário, pois, pesquisar como e em que medida o resultado lesivo é imputado ao omitente, nas hipóteses em que se prevê sua ocorrência.

O *caput* do art. 13 do Código Penal brasileiro verbera:

O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Adotou o *codex*, como se vê, a chamada teoria da equivalência dos antecedentes causais, ou da condição simples, ou ainda da *conditio sine qua non*. Essa construção teórica parte de que tudo quanto antecedeu ao fato e colaborou para sua superveniência é igualmente *causa* do resultado, equiparando, dessa forma, causas, concausas, condições e ocasiões. A cadeia causal estanca no ponto em que não se pode mais imputar subjetivamente o resultado ao autor da conduta.

O mecanismo da pesquisa das causas do evento lesivo, em sede da teoria da *conditio sine qua non*, engendra-se pelo chamado *processo hipotético de eliminação*, segundo o qual, eliminando-se mentalmente da cadeia de eventos antecedentes determinada conduta, será ela considerada causa quando se evidenciar que então o resultado não teria ocorrido da forma como ocorreu. Desse modo, imputa-se o resultado morte ao agente que, cortando a já retesada corda que sustentava a vítima, provoca sua queda no precipício, ainda que tal evento viesse fatalmente a ocorrer minutos após sem sua intervenção.

À investigação da conduta omissiva, consoante a teoria da equivalência dos antecedentes, importa estabelecer não o nexu causal, mas, na expressão de Zaffaroni e Pierangeli, o *nexu de evitação do resultado*.¹⁶ Aplicando-se o processo mental de eliminação, perquire-se se o evento temido ainda sobreviria se o omitente tivesse movimentado a conduta exigida.

Neste ponto, cumpre ressaltar que a fundamentação da imputação objetiva nos crimes omissivos repousa na consideração de que a realização da atividade exigida, possível para o omitente, *provavelmente* teria evitado o resultado. Em verdade, jamais será possível saber, com absoluta certeza, qual teria sido o desfecho dos acontecimentos se a atividade de salvamento tivesse sido empreendida na hipótese concreta. A relação entre a conduta omissiva e o evento lesivo é, pois, meramente presumida.

Bem se vê que o processo hipotético de eliminação, antes de apontar determinada conduta como causa do resultado lesivo, em verdade presume-a como tal. É dizer: o mecanismo falha em suas premissas, porque apenas é apto a apontar a causa de um fenômeno quando se considera simplesmente *a hipótese do resultado*

que realmente se verificou.

Citando Engisch, rememora Ordeig curioso exemplo que bem expõe o que se acaba de afirmar.¹⁷ O assassino X será executado às 6 horas pelo carrasco A. B, pai do assassinado, desejoso de tomar a justiça em suas próprias mãos, rende o carrasco poucos segundos antes do horário marcado para a execução e dispara, ele próprio, o mecanismo da guilhotina, decapitando X precisamente às 6 horas. É fácil ver que, eliminada *in mente* a conduta de B, o resultado ainda teria ocorrido exatamente como ocorreu. A aplicação pura e simples do processo forçosamente levaria, pois, a negar a causalidade do comportamento de B referentemente à morte de X.

Em outras hipóteses, percebe-se, ao contrário, que a responsabilização que repousa unicamente na teoria da condição simples tende a ampliar enormemente o leque de responsáveis para abarcar inclusive as condutas que, insignificamente embora, hajam de alguma forma influenciado na produção do resultado, podendo conduzir, por vezes, a graves injustiças.

Diante dessas constatações, a doutrina passou a enriquecer-se com princípios que orientam a imputação decorrente da aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes. Assim edificaram-se as teorias da causalidade adequada, da relevância jurídica, do risco permitido e do incremento do risco.

Consoante a teoria da causalidade adequada, não basta à qualificação como causa do resultado a imprescindibilidade da conduta, aferida conforme o processo hipotético de eliminação, exigindo-se ainda seja ela *idônea*, conforme a experiência do que ordinariamente acontece, a produzir o resultado. A adequação ou idoneidade da conduta afere-se, portanto, pelo juízo de probabilidade de que venha a produzir o evento temido. Assim, excluem-se do conceito de causa os antecedentes extraordinários que, embora hajam efetivamente causado ou contribuído para a superveniência do efeito lesivo, normalmente não seriam aptos a deflagrar sua eclosão. Nessa perspectiva, consoante exemplifica Beling,¹⁸ não é imputável a quem acende uma lareira o incêndio que se segue, levadas as fagulhas pelo vento.

A teoria da relevância jurídica circunscreve a imputação às hipóteses em que a conexão causal estabeleça ligação especialmente poderosa entre a conduta e o resultado, sob o prisma protetivo do tipo. Aplicada à omissão, significa que a conduta omissiva não será penalmente relevante quando não houver chance de evitar o resultado lesivo.

A teoria do risco permitido supõe que diuturnamente os bens jurídicos encontram-se expostos a perigos socialmente aceitos, seja em homenagem aos costumes, seja em vista da utilidade social da atividade perigosa. A imputação pela su-

perveniência do resultado lesivo apenas será possível se, com seu comportamento, o agente tiver contribuído para ultrapassar os limites do risco tolerado. Assim, não comete homicídio o sobrinho que, desejando a morte do tio, financia a viagem em que, num desastre, vem ele a falecer, porque sua conduta não criou para o bem jurídico perigo maior que o socialmente admitido.¹⁹

A aplaudida teoria do incremento do risco foi elaborada por Roxin. A imputação objetiva somente se faz possível quando a conduta haja contribuído para o aumento do perigo já existente para o bem jurídico, ou desencadeado nova sucessão causal que a ele não se dirigia.

Sobre sua aplicação aos crimes omissivos, interessante exemplo expõe Juares Tavares.²⁰ Acossado num apartamento em chamas, juntamente com seus dois filhos, um pai vê-se diante de duas opções possíveis de salvamento: aguardar socorro ou jogá-los para fora, na esperança de que sejam amparados pelos vizinhos. Temendo a morte dos filhos pela queda, decide-se a não fazê-lo, e precipita-se, ele próprio, pela janela. Parece claro que, na hipótese, sua conduta não provocou o incremento do risco que os filhos já corriam, sendo indiferente que elege-se uma dentre as vias possíveis, excluindo-se, por essa forma, sua responsabilização pelo evento.

O dever de agir impõe ao omitente que se conduza de molde a salvar do perigo o bem jurídico, ou, quando menos, na impossibilidade de salvamento, de atuar para impedir o incremento desse perigo. Em suma, consoante os princípios acima expostos, a imputação objetiva na omissão apenas far-se-á se, estabelecido o nexo de provável evitação do resultado, diante da real possibilidade de salvamento ou diminuição do perigo que se dirigia ao bem jurídico, o omitente se haja absterido da ação exigida, e desde que, com sua inércia, tenha provocado ou aumentado, injuridicamente, a situação de perigo.

8. Particularidades da omissão imprópria

8.1. O círculo especial de omitentes

Caracteriza-se a omissão imprópria pelo dever de impedir o resultado decorrente da posição de *garante* e a identidade material de injusto entre a abstenção e o ato que infringe o preceito proibitivo correspondente. Releva-se, pois, analisar com detença as hipóteses em que ao omitente recai o *especial dever de agir*.

A doutrina alienígena de há muito preocupa-se com o assunto, especialmente diante da inexistência, em grande parte das legislações, de rol que delimite as hipóteses em que se exige o especial dever de agir ao garantidor.

Dentre as diversas elaborações doutrinárias que buscam aclarar o tema,

destaca-se a construção material de Kaufmann,²¹ segundo a qual dois seriam os grupos de garantes: um, formado pelos chamados *garantes de cuidado ou proteção*, composto por aqueles a quem recai uma função protetora do bem jurídico; e outro, dos *garantes de segurança*, aos quais incumbe vigiar determinadas fontes de perigo.

Embora a legislação pátria contemple as hipóteses do dever de garantidor, por vezes é necessário recorrer à construção material acima exposta, para espancar quaisquer dúvidas, em casos concretos, sobre o *status* de garante e os deveres que daí decorrem.

O Código Penal brasileiro arrola, em seu art. 13, § 2º, as hipóteses que demarcam o círculo especial de autores da omissão imprópria, *in verbis*:

§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Passar-se-á, pois, à análise de cada uma dessas hipóteses.

a) obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância

A primeira hipótese versa o dever especial de proteção a quem mantenha íntima relação para com o titular do bem jurídico tutelado e fundamenta-se no vínculo especial entre o garante e o garantido, em decorrência de laços sociais e familiares.

Preceitua-se, outrossim, que a fonte dessa obrigação de cuidado, proteção ou vigilância é unicamente *a lei* – em sentido estrito, diga-se, por força do princípio da legalidade dos delitos e das penas. No Direito Positivo pátrio, *v.g.*, comete a Constituição Federal, por seus arts. 229 e 230, a obrigação de garantia aos pais, em relação aos filhos menores, e aos filhos maiores, referentemente aos pais, na velhice, na carência ou na enfermidade. De sua vez, preceitua o Código Civil, em seu art. 1.566, o recíproco dever de assistência entre os cônjuges. Cobra relevo ressalvar ainda o dever especial de proteção que recai ao Estado, relativamente ao preso, por força do art. 10 da Lei de Execução Penal.²²

Sobre a hipótese em exame, debatem os doutrinadores a extensão da obrigação penal de proteção, ao garante, de prover a não-ocorrência de resultados lesivos por atos do garantido. Socorrendo-se da teoria das funções de Kaufmann, Sheila Bierrenbach²³ defende essa possibilidade, sempre que as condições pessoais do garantido possibilitem considerá-lo uma *fonte de perigo*.²⁴

A razão parece estar, todavia, com Casabona, para quem a ampliação da obrigação do garantidor nessa hipótese

... desvirtúa la posición de garante y la reconduce hacia bienes de terceros con los que no existe vínculo previo, ni puede decirse que la pasividad del padre sea em si misma fuente de peligro para aquéllos, trasladando así al ámbito penal una institución puramente civil (la culpa in vigilando).²⁵

b) assunção fática ou contratual do dever de proteger o bem jurídico

Cuida-se aqui da denominada *assunção voluntária de custódia*. A hipótese diz especialmente com relações profissionais nas quais uma pessoa obriga-se à proteção de outras. Assim ocorre com o enfermeiro, relativamente ao doente, ou com o salva-vidas, relativamente aos banhistas.

Não é necessário, para sedimentar a posição de garante, que o contrato firmado entre as partes seja válido. Ao contrário, o contrato nulo é igualmente fonte do dever de garantia.

Não só o contrato faz decorrer o dever especial de custódia, senão também qualquer espécie de manifestação que sinalize a assunção voluntária, pelo garantidor, da proteção do bem jurídico. Assim, v.g., as declarações unilaterais de vontade, como no caso de quem se dispõe a ajudar uma criança a atravessar a rua.

Modernamente a hipótese vem sendo restringida pela doutrina, que limita a imputação da omissão ao garantidor consoante dois critérios.

Primeiro, exclui-se a responsabilização pela omissão se o sujeito não tiver efetivamente tomado a custódia do garantido. É a hipótese da enfermeira que ainda não assumiu seu posto no hospital: durante sua ausência, nenhum mal que haja sobrevindo a um paciente lhe poderá ser imputado por omissão. Mas, uma vez tenha ela assumido seu posto, torna-se garante da higidez dos pacientes que lhe foram confiados, apenas eximindo-se dos deveres daí decorrentes ao ser substituída na função.

À imputação pela omissão exige-se, mais, que, tomando a custódia do bem jurídico, o garantidor se conduza de modo tal que o garantido se haja com real relação de dependência para com ele. Ausente esse nexo de dependência, não se responsabilizará o garantidor pela superveniência do resultado temido.

Resta dizer que também na hipótese em exame propugnam alguns doutrinadores pela extensão do dever de garantia à obrigação de velar por que o custodiado, fonte de perigo, não lese bens jurídicos de terceiros. Cabem aqui as mesmas considerações já expendidas na alínea anterior.

c) conduta precedente perigosa

A última fonte do dever de garantia, doutrinariamente conhecida por *ingerência*, é um dos mais ásperos temas na teoria do crime omissivo.

De feito, já há muitos anos a doutrina alemã tenta depurar-lhe o sentido, estabelecendo as hipóteses e em que medida alguém se torna garantidor em razão de conduta antecedente arriscada, porém mesmo hoje a matéria padece controvérsias que sinalizam encontrar-se a ciência ainda longe de alcançar-lhe a precisa compreensão.

O dever de agir, no caso em exame, decorre para quem, com sua conduta anterior, deflagrou situação de risco ao bem jurídico. O resultado lesivo acaso sobrevindo é imputado ao ingerente que se omitiu em impedi-lo, na mesma medida em que se o tivesse causado por ato comissivo.

Discute-se, desde logo, a respeito da conduta precedente perigosa detonadora do dever de agir ao ingerente.

A doutrina, orientando-se segundo o Direito Penal mínimo, vem ressaltando a necessidade de restringir as hipóteses e os deveres decorrentes da posição de garante em comento.

Assim é que, hoje, exige-se da conduta precedente capaz de erigir-se em fonte do dever de garantia seja *objetivamente antijurídica* e provoque perigo *próximo* e *idôneo* à produção do resultado lesivo.

Não se há de descurar que, como já acentuado, subjazem a essa compreensão as modernas teorias da causalidade adequada e do risco permitido (v. item 7 deste trabalho). Dessa forma, a conduta precedente que não cria, para o bem jurídico, perigo que extrapola os limites do socialmente permitido, ou que não é apta, segundo a experiência do que ordinariamente acontece, a fazer eclodir a situação perigosa, não se subsume à concepção legal de ingerência.

Analisando o Direito Positivo brasileiro, especialmente os tipos de homicídio e lesão corporal culposos, observa Sheila Bierrenbach,²⁶ com argúcia, que aquele que, por ato negligente, cria situação de perigo para a vida, a saúde ou a integridade física de outrem *não* se transforma em garante da não-superveniência do resultado lesivo em nosso ordenamento jurídico. É que o *fattispecie* remete à omissão da ação de salvamento como *causa especial de aumento de pena*; por isso, em vez de responder pelo resultado a título de omissão imprópria, subsume-se o comportamento faltoso diretamente ao tipo dos arts. 121, § 4º, e 129, § 7º, do Código Penal. Identicamente, nos delitos de circulação, cuja previsão típica encontra-se estruturada nos mesmos moldes em que os dispositivos citados (arts. 302 e 303 da Lei 9.503/97). Esse estado de coisas, pode-se dizer, com a autora acima mencionada, “sepulta, praticamente, esta fonte da posição de garante em nosso Direito”.

8.2. A estruturação normativa da omissão imprópria no Direito Positivo brasileiro e o princípio da legalidade

Repousa a previsão típica da omissão imprópria no Direito Penal brasileiro no art.13, *caput*, do Diploma Repressivo, prevendo seu § 2º o círculo especial de agentes de tais delitos. O *tatbestand* indicado como sede da imputação pelos crimes omissivos impróprios descreve realmente condutas ativas. O resultado ali previsto é imputado ao omitente em razão de haver infringido seu especial dever de agir para impedi-lo, decorrente da posição de *garantidor* da higidez do bem jurídico tutelado.

Não há, pois, descrição típica individualizada das condutas omissivas impróprias no Direito Penal brasileiro. Em verdade, essa tarefa é majoritariamente tomada por irrealizável pela doutrina²⁷.

Esse estado de coisas conduz ao permanente risco de malferimento ao princípio da legalidade dos delitos e das penas, pedra angular do Estado democrático de Direito.

Nessa ordem de idéias, é imprescindível que, investigando a tipicidade de dada omissão, socorra-se o intérprete, a um tempo, da conjugação dos critérios formal (*elenco legal de garanties*) e material das fontes de garantia, conforme exposto por Kaufmann. De outro lado, há de considerar-se sempre a *identidade material do injusto* na omissão imprópria e na figura ativa correspectiva.

Diante de nosso Direito Positivo, essa parece a melhor orientação exegética para tratar a omissão imprópria consentaneamente ao princípio da legalidade. Todavia, não é ainda a solução ideal, constituindo-se o tênue equilíbrio entre a necessidade de exigir a conduta de salvamento (*Direito Penal Solidário*) e o sancionamento da omissão por normas penais abertas um dos mais delicados problemas da ciência penal na atualidade.²⁸

9. A tentativa na omissão

Tema instigante é a tentativa na conduta típica omissiva, despertando acirradas controvérsias doutrinárias.

Por primeiro, cabe assentar que somente há cogitar-se da tentativa na omissão tanto que se haja instalado situação típica de perigo ao bem jurídico, porque, até aí, não se exige qualquer conduta de salvamento.

No campo da omissão própria grassam menos discussões entre os doutos. A repulsa à possibilidade de fracionamento do *iter criminis* é majoritária entre os autores pátrios, à consideração de que, se o sujeito abstém-se da conduta exigida, o crime é de logo consumado, e, se a realiza, concretiza o mandato legal, não praticando delito algum. Zaffaroni e Pierangeli, todavia, pensam diferentemen-

te, vislumbrando a tentativa em crime omissivo puro desde que, concretizada a situação típica de perigo, a postergação da atividade necessária não provoque o incremento do risco ao bem que se tutela.²⁹ A consumação do crime omissivo próprio é situada não no momento da abstenção da atividade exigida, mas quando o correr do tempo tenha provocado aumento do perigo ao bem jurídico e reduzido as chances de salvamento.

Mais polêmica é a tentativa nos crimes omissivos impróprios. Embora a doutrina nacional quase indiscrepantemente a admita, divergem os estudiosos quanto ao momento a partir do qual divisa-se o *conatus*.

As dificuldades na formulação da tentativa em estruturas típicas omissivas nascem de que toda a edificação teórica e positiva sobre o *conatus*, referentemente à distinção entre atos preparatórios impuníveis e atos de execução, repousa predominantemente no início da realização do núcleo do tipo. É a orientação da teoria formal-objetiva, de adoção tradicional em nosso País. A essa construção sinaliza o art. 14, inciso II, do Código Penal, consoante o qual o crime é tentado “quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”.

É cediço que a adoção pura e simples do critério formal-objetivo não se presta ao resgate *oportuno tempore* do bem jurídico, fazendo-se necessário conjugá-lo a outros parâmetros. Assim, o critério material-objetivo inclui na tentativa as ações que, embora não penetrem o núcleo do tipo, apresentam-se tão fortemente conexas a ele que surgem como parte naturalmente integrante da própria conduta típica, fazendo eclodir periclitação ao bem jurídico. Da mesma forma o critério objetivo-individual, segundo o qual são atos de tentativa aqueles que, consoante o plano concreto de ação do sujeito, aproximam-no da realização da figura típica.

Não é fácil transpor tais conceitos à estrutura típica omissiva, que não comporta a visualização material peculiar aos delitos comissivos. Diversos, pois, hão de ser os parâmetros a indicar o momento limítrofe entre os atos preparatórios e executórios na omissão.

A tentativa na omissão imprópria tem ensejo logo que surge o dever jurídico de agir, com a concretização da situação típica de perigo ao bem tutelado. Apon-tam-se três os momentos marcantes em que configura-se o *conatus*: a) aquele em que o sujeito deixa passar a primeira oportunidade de salvamento; b) o instante em que se abstém diante da última chance de fazê-lo; e c) quando a inércia do garante provoca incremento do perigo ao bem jurídico.

A doutrina alemã inclina-se ao terceiro dos critérios, considerando que, caso a passividade do garantidor não provoque o aumento do risco ao bem tutelado, não há falar-se em tentativa, mas em meros atos preparatórios de crime omissivo.

Na literatura pátria não se vislumbra a mesma uniformidade de entendimento, inclinando-se os autores a cada um dos três parâmetros acima apontados, conforme o caso concreto.

Nessa ordem de idéias, cumpre aludir à distinção doutrinária entre a tentativa acabada e inacabada na estrutura omissiva.

A tentativa omissiva é inacabada quando a atividade de salvamento preceituada ao garante seja ainda possível e idônea a arrostar o perigo. É acabada na hipótese contrária, seja porque já não é mais possível ao garantidor salvar o bem jurídico pela simples conduta exigida, fazendo-se necessário que empreenda esforços outros para impedir a superveniência do resultado lesivo, ou porque tenha o salvamento saído de sua esfera de domínio, abandonada a seqüência dos fatos ao sabor do acaso.

Na tentativa inacabada, aponta-se o momento inicial dos atos de execução à passagem da última oportunidade de salvamento. Já na tentativa acabada, situa-se o início da execução no instante em que o garante omite-se em valer-se da primeira chance de salvamento de que dispõe, deixando fluir livremente a causalidade em direção ao resultado lesivo.³⁰

Vê-se que tais proposições não são realmente aptas a solucionar o problema, até porque o mecanismo tem, como premissa, precisamente daquilo que pretende demonstrar. Em verdade, a questão há ainda de ser examinada com mais detença pela doutrina, até que se depurem critérios científicos seguros para nortear seu deslinde.

10. O concurso de agentes na omissão

A doutrina pátria usa estudar o concurso de agentes na conduta omissiva sob o enfoque do círculo especial de sujeitos, seja na omissão própria (aqueles a quem, diante de uma situação típica de perigo, a norma penal assinala um dever geral de assistência), seja na omissão imprópria (os garantes). Assim, é costume aludir à impossibilidade da configuração de concurso de agentes em crimes omissivos, porque cada sujeito responde individualmente por ter infringido seu dever de agir.³¹ Dessarte, na hipótese em que mãe e pai aguardam a morte do filho menor por inanição, cada qual é autor de crime de homicídio. De outra feita, caso a cena seja ainda observada, impassivelmente, por um estranho, ser-lhe-á imputado o cumprimento da hipótese penal de omissão de socorro qualificada pelo resultado morte.

A construção vem sendo enriquecida pela teoria de Roxin, que parte de categorizar os crimes omissivos como *delitos de infração de dever*.³² Praticados

por sujeitos especiais, releva questionar se houve na hipótese a infringência ao dever de agir. Admite-se, assim, a possibilidade de autoria e participação nos crimes omissivos, recaindo a primeira a quem tinha a obrigação legal de arrostar o perigo e a segunda a quem, não detendo o dever geral ou especial de assistência, tenha contribuído para o delito omissivo, seja por instigação ou determinação. Finalmente, a co-autoria é divisada sempre que vários omitentes somente possam cumprir conjuntamente o dever de agir.³³

11. Conclusões

1. Tendo em vista sua finalidade tutelar, o Direito Penal ora veda, ora preceitua atividades. A conduta penalmente relevante distingue-se em comissiva e omissiva segundo a estrutura proibitiva ou mandamental da norma.

2. Duas são as espécies de crimes omissivos: os próprios, previstos em tipos penais específicos, que se perfazem com a simples abstenção da conduta exigida, e os impróprios, que, divisados em estruturas típicas ativas, perfectibilizam-se pela superveniência do resultado lesivo.

3. A estrutura típica da omissão integra-se pela situação típica de risco que fundamenta o dever de agir, pela inação que infringe a norma de comando e pela possibilidade real e física de atuar para arrostar o perigo. Nos crimes omissivos impróprios, contempla ainda a obrigação de impedir o resultado como decorrência da posição de garante e a identidade material de injusto entre a abstenção do comportamento de salvamento exigido e o ato violador do tipo ativo correspondente.

4. O dolo omissivo compreende a consciência da situação típica de perigo, do poder de agir para conjurá-lo e, nas omissões impróprias, da posição de garantidor da não-superveniência do resultado lesivo. Ainda, abrange a resolução de abster-se da conduta de salvamento exigida, seja porque o resultado é almejado pelo omitente (*dolo direto*), seja porque o risco de sua ocorrência é por ele admitido (*dolo eventual*).

5. A culpa omissiva caracteriza-se como na estrutura comissiva, dependendo de previsão expressa no tipo específico da omissão própria ou no tipo ativo correspondente à omissão imprópria. Assenta-se na violação do dever de cuidado objetivo, que, na estrutura omissiva, obriga a realização de atividade tendente a prevenir o surgimento ou incremento de riscos ao bem jurídico, e na previsibilidade objetiva, consistente na possibilidade de o omitente antever que de sua inação pode advir perigo ou agravamento do risco preexistente.

6. A omissão é um dado axiológico, pertencente ao mundo do dever ser, e incapaz, por si, de provocar eventos no universo naturalístico. A causalidade omissiva é, pois, normativa, referenciada sempre a uma norma preceptiva.

7. Consoante os modernos critérios de imputação, a responsabilização por omissão apenas se faz possível quando, estabelecido o nexo de probabilidade de evitação do resultado, diante da efetiva possibilidade de salvamento ou diminuição do perigo que se dirigia ao bem jurídico, o omitente haja deixado de empreender a atividade ordenada, e desde que, com sua inércia, tenha provocado ou aumentado injuridicamente a situação de perigo.

8. A relevância penal dos crimes omissivos impróprios reside em tipos penais abertos, conjugando-se o tipo ativo a uma das hipóteses que gravam o dever especial de garantia, elencadas, em *numerus clausus*, no § 2º do art. 13 do Código Penal. Essa construção não é, por si só, apta a satisfazer as exigências do princípio da legalidade, fazendo-se necessário socorrer-se, ainda, do critério material das fontes de garantia e da consideração sobre a *identidade material do injusto* na omissão imprópria e na figura ativa correspondente.

9. O dever de garantia originado da assunção voluntária de custódia pode decorrer ou não de contrato. Este, por sua vez, é apto a fazer surgir a obrigação especial de atuar mesmo quando inválido. Contudo, os deveres decorrentes do *status* de garantidor não surgem enquanto não assumida, de fato, a custódia do bem jurídico, de tal forma que o garantido se veja em real dependência relativamente ao garante.

10. A conduta precedente, para capacitar-se como fonte da obrigação de garantia, há de ser objetivamente antijurídica e capaz de provocar perigo *próximo* e *idôneo* à produção do resultado lesivo.

11. Somente cabe cogitar da tentativa na omissão tanto que se haja instalado situação típica de perigo ao bem tutelado.

12. A autoria nos crimes omissivos é individualmente imputada, consoante haja o sujeito violado o dever genérico ou especial de assistência que lhe incumbia.

13. É possível a co-autoria em crimes omissivos, sempre que vários omitentes somente possam cumprir conjuntamente o dever de agir.

14. A participação em crimes omissivos é possível a quem, não detendo o dever geral ou especial de assistência, tenha contribuído para o delito omissivo por instigação ou determinação.

Notas:

¹ *Apud* Fernandes, Márcio Mothé. Crimes omissivos, RF 314/21.

² Sobre o tema, Costa e Silva escreveu: “Para que, por omissão, alguém pratique um delicto commissivo, duas condições são imprescindíveis: a) que esse alguém tenha possibilidade de agir, isto é, de evitar que o resultado previsto pela lei se realize; b) que lhe corra o dever – dever jurídico, de o fazer” (*apud* Bierrenbach, Sheila de Albuquerque. Crimes omissivos impróprios – uma análise à luz do Código Penal

brasileiro. Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 49).

³ *Apud* Rodrigues, Eduardo Silveira Melo. A relevância causal da omissão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 14, p. 153.

⁴ Exposição de Motivos 1, *DOU* de 21/10/69, 9.

⁵ Publicada no *Diário do Congresso* (Seção II) de 29/03/84.

⁶ Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, p. 136.

⁷ Causalidad, omisión e imprudência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 17, p. 41 e 47.

⁸ Bierrenbach, Sheila de Albuquerque. *Ob. cit.*, p. 85.

⁹ A denominação *crimes comissivos por omissão* é criticada, com justiça, pela doutrina, porque põe em relevo a *comissão* na qualificação de crimes *omissivos*. Por essa razão, não será utilizada neste trabalho. A respeito, *vide* Tavares, Juarez. *Alguns aspectos....*, p. 145.

¹⁰ Doutrinariamente apontam-se ainda duas outras categorias de crimes omissivos. Uma, os chamados *de conduta mista*: são os que, iniciados por uma ação, consumam-se com uma omissão. Todavia, tais delitos não podem considerar-se categoria autônoma, porquanto não são mais que uma espécie de crimes omissivos próprios. Outra, dos *crimes de omissão e resultado*, de que é exemplo o art. 164 do Código Penal, o qual, ainda na forma omissiva, exige a caracterização do prejuízo. A classificação, vê-se desde logo, repousa em parâmetro diverso do utilizado para a categorização dos crimes omissivos como próprios ou impróprios, razão por que foi mencionada à parte.

¹¹ *Manual de Direito Penal brasileiro – parte geral*. São Paulo, RT, 1997, p. 543. Cobra relevo ressaltar a divergência dos autores quanto à imprevisão individualizada, na Parte Especial do Código Penal, de crimes omissivos impróprios, por eles divisada, por exemplo, nas descrições dos arts. 314, 319 e 342 do *codex*.

¹² Em razão disso, costuma-se aludir à inexistência de “omissões pré-típicas”: se a omissão não consiste em simples abstenção, mas na abstenção de conduta determinada pela norma, antes da construção normativa – e, portanto, da assinalação do comportamento exigido – não há falar-se em omissões, mas em simples ações. A respeito, *vide* Zaffaroni e Pierangelli. *Manual de Direito Penal brasileiro*, 1997, p. 539; e Costa, Álvaro Mayrink. *O comportamento omissivo e o dever de atuar. Ciência Penal – Coletânea de estudos em homenagem a Alcides Munhoz Netto*, Curitiba, JM, 1999.

¹³ *Identidade, não-equivalência*, face ao princípio da legalidade: Tavares, Juarez. *Alguns aspectos....*, p. 150; Casabona, Romeo. Límites de los delitos de comisión por omisión. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 7, p. 35.

¹⁴ *Alguns aspectos....*, p. 133.

¹⁵ A expressão é de Jescheck. *Apud* Galvão, Fernando. *Imputação objetiva nos delitos omissivos*.

¹⁶ *Manual de Direito Penal brasileiro*, 1997, p. 541.

¹⁷ *Causalidad....*, p. 34.

¹⁸ *Apud* Galvão, Fernando. *Imputação objetiva nos delitos omissivos*.

¹⁹ O exemplo é de Roxin. *Apud* Galvão, Fernando. *Imputação objetiva nos delitos omissivos*.

²⁰ *Alguns aspectos....*, p. 141.

²¹ Bierrenbach, Sheila de Albuquerque. *Ob. cit.*, p. 74.

²² O elenco de hipóteses aqui apresentado é meramente exemplificativo.

- ²³ Ob. cit., p. 20.
- ²⁴ No mesmo sentido, v. Zaffaroni e Pierangeli, *Da tentativa*. 4ª ed., São Paulo, RT, 1995, p. 119/120.
- ²⁵ Límites de los delitos..., p. 33.
- ²⁶ Ob. cit., p. 87.
- ²⁷ Bierrenbach, Sheila de Albuquerque. Ob. cit., p. 106.
- ²⁸ Zaffaroni e Pierangeli. *Manual de Direito Penal brasileiro...*, 1997, p. 542/544.
- ²⁹ *Da tentativa*, 1995, p. 122.
- ³⁰ Tavares, Juarez. Alguns aspectos..., p. 155.
- ³¹ Tavares, Juarez. Alguns aspectos..., p. 152.
- ³² Todas as referências à teoria de Roxin foram extraídas da monografia de Sheila Bierrenbach (ob. cit., p. 123/125).
- ³³ A concepção é de Jescheck. *Apud* Bierrenbach, Sheila. Ob. cit., p. 127.

Bibliografia:

- BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Rio de Janeiro. *Liber Juris*, 1979.
- BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. *Crimes omissivos impróprios*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996.
- CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva – lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.
- CASABONA, Carlos Maria Romeo. Límites de los delitos de comisión por omisión, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 7, p. 28/42.
- COSTA Jr., Heitor. Teorias acerca da omissão. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, v. 33, p. 60/73.
- COSTA Jr., Paulo José da. *Do nexo causal*. São Paulo, Saraiva, 1964.
- FERNANDES, Márcio Mothé. Crimes omissivos. *Revista Forense*, v. 314, p. 21/27.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- _____. Crimes omissivos no Direito brasileiro, *Revista de Direito Penal e Criminologia*, p. 41/47.
- JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. São Paulo, RT, 2000.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993.
- LINTZ, Sebastião. *Teorias penais e confronto entre os Códigos Penais de 1940 e 1984*. Uberlândia, Zardo, 1991.
- LUIZ, Luisi. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- LUNA, Everardo da Cunha. O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, v. 33, p. 48/59.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Direito Penal*. 6ª ed., São Paulo, Atlas, 1992.
- NETO, Alcides Munhoz. Os crimes omissivos no Brasil. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, v. 33, p. 5/29.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. Causalidad, omisión e imprudência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 17, p. 32/74.

PIERANGELLI, José Henrique e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal brasileiro – parte geral*. São Paulo, RT, 1997.

_____. *Da tentativa*, São Paulo, RT, 1995.

PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado*. São Paulo, RT, 2002.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Imputação objetiva nos delitos omissivos. *Revista Virtual de Direito Penal*, 3, artigo 26, www.direitopenal.adv.br.

RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. A relevância causal da omissão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 14, p. 149/166.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro-São Paulo, Renovar, 2002.

TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, p. 125/157.

_____. *Teorias do delito*. São Paulo, RT, 1980.

Questões Controvertidas acerca da Exigibilidade da Prática Forense¹ nos Concursos Jurídicos

Hugo Cesar Amaral*

1. Apresentação

Diversos concursos exigem, como condição de ingresso na carreira jurídica, a satisfação do requisito de ter o candidato desempenhado a prática forense durante certo lapso de tempo.

Seguramente, tal exigência tem gerado inúmeras disputas judiciais atinentes, sobretudo, ao sentido e à amplitude que hão de ser atribuídos à expressão “prática forense” e, ainda, ao correto momento de se exigir do candidato a prova da satisfação do requisito.

Vozes há, ainda, que se levantam até contra a constitucionalidade de tal exigência, tachando-a de desarrazoada e excessiva.

Neste brevíssimo estudo trataremos destas questões, apreciando como o STF e o STJ têm se posicionado sobre o assunto mencionando, ainda, como o tema foi tratado na decantada Reforma do Judiciário, veiculada recentemente pela EC 45/04.

* Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia/MG, advogado em Uberlândia/MG.

2. A constitucionalidade da exigibilidade da prática forense nos concursos jurídicos

Reza o art. 37, I, da Constituição Federal que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham *os requisitos estabelecidos em lei*, assim como aos estrangeiros, na forma da lei” (grifamos).

Estando a exigência da prática forense respaldada na lei nenhuma impugnação judicial ou administrativa há de se opor à mesma, eis que cabe ao legislador estabelecer os requisitos que considera relevantes para efeito de acessibilidade àquele cargo.

Observe-se, no entanto, que a exigência, conquanto prevista em lei, deve obedecer a um critério lógico e razoável, devendo ser pertinente ao cargo respectivo, de modo que se vislumbre a real necessidade de que o futuro ocupante daquele cargo satisfaça aquele requisito, pois do contrário a mesma há de ser considerada excessiva, impertinente e, portanto, inconstitucional. Disso decorrem, a título de exemplo, exigências rigorosas em termos de idade, sanidade e aptidão física para carreiras policiais e militares, em que se fará uso pleno de todo o potencial físico em diversas situações.

No caso específico dos concursos jurídicos há vozes que se levantam contra a exigência da prática forense, argumentando ser a mesma desarrazoada e inapta a satisfazer os fins a que se propõem, quais sejam o de restringir o acesso ao cargo a pessoas razoavelmente experimentadas na militância no foro.

Celso Spitzcovsky² é um dos sequazes da tese de que é descabida a exigência da prática forense nos concursos jurídicos. Entende o nobre professor e advogado que a exigência fere o princípio da razoabilidade administrativa, na medida em que a mesma, dada a amplitude do significado que pode se dar à expressão “prática forense” não permitiria se averiguar com precisão se de fato o candidato está ou não habilitado a ingressar na carreira jurídica pleiteada, além de reputar a exigência da prática forense como inapta a se averiguar concretamente se de fato o candidato é ou não dotado de alguma experiência jurídica.

Com efeito, o professor está correto em afirmar que ressentido de conteúdo mais definido a expressão prática de atividade jurídica, entretanto compreendemos que tal circunstância não é hábil para, por si só, afastar a exigência da prática forense nos concursos jurídicos.

Com tal requisito se procura, sobretudo, exigir do candidato a uma carreira jurídica que adquira intimidade básica com a labuta e a dinâmica no foro, do que, indiretamente, decorrem experiência e diversos conhecimentos práticos indispensáveis ao bom desempenho de qualquer ofício na seara jurídica.

A exigência, portanto, é razoável e não pode ser tachada de inconstitucional, uma vez que não se encontra arbitrariedade alguma na sua colocação entre os requisitos de ingresso na carreira jurídica.

Situação inconstitucional, a seu turno, seria a da hipótese de o requisito da prática forense estar previsto no edital, ou mesmo em algum ato normativo-administrativo (regulamento do concurso, resolução do tribunal etc) sem, entretanto, o devido respaldo na lei.

Em tal situação a exigência é descabida e afronta a própria Constituição, uma vez que somente *a lei em sentido formal* está habilitada, constitucionalmente, a estabelecer as exigências para ingresso nos cargos públicos, sejam eles jurídicos ou não (CF/88, art.37, I).

Confira-se, neste sentido, ementa do acórdão proferido pelo STF no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.188 MC/DF.

Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar. Concurso público. Juiz do trabalho substituto. Requisitos. Imposição via ato do Tribunal Superior do Trabalho.

Exsurto a relevância jurídica do tema, bem como o risco de serem mantidos com plena eficácia os dispositivos atacados, impõem-se a concessão de liminar. Isto ocorre no que previstos, *em resolução administrativa do Tribunal Superior do Trabalho*, requisitos para acesso ao cargo de juiz estranhos a ordem jurídica. “*Apenas a lei em sentido formal (ato normativo emanado do Poder Legislativo) pode estabelecer requisitos que condicionem ingresso no serviço público. As restrições e exigências que emanem de ato administrativo de caráter infralegal revestem-se de inconstitucionalidade.*” (José Celso de Mello Filho em *Constituição Federal Anotada*). (Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento: 23/02/95, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, publicação: *DJ* data 20/04/95, p. 9.945, ement. v. 1.783-01 p. 109) (grifou-se).

A exigência da prática forense como condição para ingresso na carreira jurídica é legítima e constitucional, sendo este o entendimento dominante no STF e no STJ, devendo tal exigência, entretanto, *estar prevista em lei*, sob pena de padecer do inafastável vício da inconstitucionalidade.

No que atina, especificamente, às carreiras da magistratura e do Ministério Público a Emenda Constitucional 45/04, que veicula a “Reforma do Judiciário” impede qualquer debate acerca da inconstitucionalidade da exigência, uma vez que trouxe para dentro do próprio Texto Magno a exigibilidade de, no mínimo, três anos de efetiva atividade jurídica como condição de ingresso nas carreiras de juiz (de direito, federal, militar e do trabalho), de promotor de Justiça Estadual e de procurador da República, militar e do trabalho.

A mencionada Emenda Constitucional 45 deu nova redação ao art. 93, I, da CF/88, o qual trata da carreira de juiz, nestes termos:

Art. 93. I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, *exigindo-se do bacharel em Direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica* e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (grifamos).

No que atina às carreiras do Ministério Público foi a seguinte a modificação introduzida pela Emenda Constitucional 45/04:

Art. 129, § 3º – O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, *exigindo-se do bacharel em Direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica* e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. (Grifamos).

Infere-se ainda que as normas introduzidas pelas emendas falam de prazos mínimos, pelo que o legislador ordinário poderá majorá-lo, se lhe parecer conveniente³.

3. O sentido e a amplitude da expressão “prática forense”

Normalmente os editais de concursos jurídicos, depois de mencionarem a exigência da prática forense como condição de acesso ao cargo, definem quais atividades se entendem por incluídas em tal expressão.

Citemos, a título de exemplo, o Edital 2/04, de 23/07/04, que disciplina o último concurso para o cargo de advogado da União.

Com efeito, dispõe tal edital que:

2.1.4.1 Será considerado como prática forense:

a) o efetivo exercício da advocacia, na forma da Lei 8.906, de 1994, a abranger a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais, como as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, sob inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil;

b) o exercício de cargo, emprego ou função pública, privativos de bacharel em Direito, sejam efetivos, permanentes ou de confiança;

c) exercício profissional de consultoria, assessoria ou diretoria, bem como o desempenho de cargo, emprego ou função pública de nível superior, com atividades eminentemente jurídicas.

2.1.4.2 Admitir-se-á, também, quanto à exigência legal relativa a dois anos de prática forense, apenas a comprovação de igual período de estágio, desde que observadas a legislação e os demais atos normativos regedores da hipótese.

Percebe-se que a norma editalícia, conquanto não coloque o estágio no âmbito da prática forense, reconhece ser o mesmo idôneo a fornecer referida prática, na medida em que admite a satisfação do requisito por meio da prova de ter o candidato estagiado por, no mínimo, dois anos.

A Lei Complementar 59, de 18 de janeiro de 2001, que cuida da organização e divisão judiciárias do Estado de Minas Gerais, trata do tema no seu art. 165, VI, ao mencionar como requisito para inscrição no concurso da magistratura estadual *comprovar o candidato, pelo menos quatro anos de efetivo exercício, a contar da colação de grau, como magistrado, promotor de justiça, advogado ou servidor público ocupante de cargo ou função para cujo desempenho sejam exigidos conhecimentos privativos de bacharel em Direito, a juízo da comissão examinadora.*

O ingresso na magistratura mineira, portanto, está sujeito a normas mais rígidas, de tal forma que não se admite a contagem de tempo de estágio, para satisfação do requisito da prática forense.

A Lei 5.010, de 30 de maio de 1966, que dispõe sobre a organização da Justiça Federal, assim se posiciona sobre o tema, em seu art. 21, V:

Com o pedido de inscrição o candidato apresentará certidão que comprove o exercício, por 2 (dois) anos⁴, de advocacia ou cargo para o qual se exija o diploma de bacharel em Direito.

Percebe-se que as normas que regem o ingresso na magistratura federal são mais rígidas ainda, eis que, além de inadmitir o estágio, também exige que o tempo requerido de prática forense seja cumprido *na advocacia ou perante um cargo privativo de bacharel em Direito.*

O rigor frio da lei federal excluiria, por exemplo, escreventes judiciários eis que, apesar de tais servidores terem imensa intimidade com o exercício da atividade jurisdicional, não ocupam um cargo privativo de bacharel em Direito.

Estas breves citações servem apenas para demonstrar que a definição de prática forense comporta variações substanciais e, dado o rigor com que os editais e as leis têm tratado do assunto, tem gerado disputas judiciais perpetradas por aqueles candidatos que, desejando continuar no certame, não podem satisfazer com precisão a exigência prevista na lei.

Em face de tal quadro contam-se centenas de mandados de segurança tramitando em nossos tribunais, com vistas a elastecer ao máximo o sentido da prática forense, no intuito de abranger o estágio e até mesmo a pesquisa jurídica.

E a jurisprudência dominante no STJ é simpática à referida ampliação, tendo dado à “prática forense” *o sentido mais amplo possível*, abrangendo até mesmo o

estágio realizado no âmbito das faculdades de Direito.

Citem-se os seguintes julgados, todos *recentes* e da lavra do STJ, bastante elucidativos neste sentido:

Recurso especial. Administrativo. Concurso público. Defensoria estadual. Prática forense. Exigência somente daquela exercida junto a Defensorias e após a conclusão do curso de Direito. Ausência de previsão legal. Conceituação ampla acerca do que compreende a prática forense.

Nos termos de farto entendimento jurisprudencial, para fins de comprovação para participação em concurso público, o conceito de prática forense é abrangente, incluindo atuação como advogado, no foro *e até mesmo estágio em faculdades*.

A exigência do edital, quanto a se considerar o estágio somente aquele praticado em Defensorias Públicas e após a conclusão do curso, não encontra amparo na legislação, nem eco na jurisprudência. Recurso provido. (REsp 399345/RS, Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, data do julgamento: 18/06/02, DJ 05/08/02, p. 393). (grifamos)

Mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Prática forense. Certidão expedida pelo TRF-2ª Região. Lotação em cargo de assistente datilógrafo. Não-comprovação de ter realizado atividade capaz de propiciar conhecimentos forenses.

É pacífico o entendimento nesta Corte Constitucional de Justiça de que o conceito de prática forense *comporta amplitude*, de modo a albergar as atividades realizadas perante Tribunais, juízos de primeira instância *e estágios nas faculdades de Direito*, no entanto a simples certidão emitida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, atestando lotação em cargo de assistente datilógrafo, não comprova, por si só, a realização de atividade capaz de propiciar conhecimentos forenses. Embargos rejeitados. (EDcl no MS 6623/DF – Embargos de Declaração no Mandado de Segurança 1999/0095147-6, Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Terceira Seção, data do julgamento: 23/06/04, DJ 02/08/04, p. 296). (grifamos)

Recurso especial. Administrativo. Concurso público. Prática forense. Elasticidade da conceituação. Técnico do Tesouro. Incompatibilidade da função com o exercício da advocacia. Precedentes.

É firme o posicionamento jurisprudencial desta Corte no sentido de que o conceito de prática forense *é mais amplo*, não abrangendo somente o exercício da advocacia, *mas estágios profissionais*, atuações em tribunais, juízos de primeira instância, entre outros. O caso se amolda à jurisprudência deste Tribunal. Violação não caracterizada. Recurso desprovido. (REsp 487844/RJ, Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, data do julgamento 28/04/04, DJ 31/05/04, p. 346). (grifamos)

Recurso especial. Processual Civil. Dissídio demonstrado. Administrativo. Concurso público. Defensor público. Prática forense. LC 80/94. Comprovação.

É legítima a exigência de prática forense para o ingresso nas carreiras da Advocacia-Geral da União, *mas o seu conceito deve ser interpretado de forma ampla*, de modo a compreender não apenas o exercício da advocacia e de cargo no Ministério Público, magistratura ou outro qualquer privativo de bacharel de Direito, como também as atividades desenvolvidas perante os tribunais, os juízos de primeira instância *e até estágios nas faculdades de Direito*, doadoras de experiência jurídica. Precedentes. Recurso provido. (REsp 450936/RS, Ministro Fontes de Alencar, Sexta Turma, data do julgamento: 06/11/03, data da publicação/fonte DJ 19/12/03, p. 632). (grifamos)

Percebe-se que a orientação que hoje impera no STJ é a de admitir a comprovação do requisito da prática forense por meio do desempenho de qualquer cargo, ou até mesmo estágio, *desde que as atribuições de tal cargo ou estágio sejam aptas e idôneas a oferecer ao candidato à carreira jurídica os conhecimentos forenses concretos e a experiência jurídica mínima desejada* que são a razão de ser da exigibilidade da prática forense enquanto requisito nos concursos.

Entendemos acertada a admissão do estágio enquanto instrumento hábil a conferir experiência jurídica ao acadêmico.

Muito embora seja claro que o estagiário, ordinariamente, não desempenhe funções de grande importância e responsabilidade, é indiscutível que o fato de estar imerso e envolvido no exercício da atividade jurídica, seja na secretaria de uma vara, seja no gabinete de um juiz, seja em uma promotoria, seja em um escritório de advocacia lhe propicia a experiência jurídica básica necessária para o adequado desempenho da profissão jurídica.

Posicionamo-nos diversamente, entretanto, no que tange à aceitação da pesquisa jurídica como meio idôneo a satisfazer o requisito da prática forense, embora o STJ já tenha admitido até mesmo *“pesquisas em bibliotecas, livros e computador”* como modos de comprovar a “prática forense”.⁵

Acreditamos que não há de se admitir atividades de pesquisa jurídica como modo de comprovação da prática forense simplesmente porque não se adquirem experiência jurídica e conhecimentos forenses com a pesquisa, mas sim conhecimentos meramente teóricos.

A pesquisa jurídica, conquanto proporcione conhecimentos teóricos, pouco, ou nada, aproxima o acadêmico da dinâmica do foro, sendo assim inapta a servir-se como meio de se satisfazer o requisito da prática forense.

Ampliar o sentido da expressão “prática forense” para que a mesma albergue a pesquisa jurídica poderá resultar num quadro em que até mestrado e doutorado se admitiriam como meios de se comprovar o requisito em estudo, o que resulta ilógico e não razoável.

Percebe-se, enfim, que, não obstante a jurisprudência caminhar no sentido

da flexibilidade, de modo a se admitir o estágio e até atividades de pesquisa como meios de se comprovar prática forense é de se notar ainda que os editais de concursos de ingresso a diversas carreiras jurídicas não têm cedido passo e ainda têm tratado do assunto com grande rigor, o que tem obrigado os candidatos a ingressarem com mandados de segurança para não serem alijados dos concursos.

4. O correto momento de se exigir a comprovação da “prática forense”

Problemática também é a questão do momento correto de se exigir a comprovação dos requisitos para ingresso na carreira jurídica, neles incluída a prática forense.

Aqui uma vez mais aferimos que os editais estão discrepando do que o STJ entende acerca do tema tendo o rigor das normas editalícias de concursos jurídicos levado diversos candidatos à impetração do *mandamus*, com vistas ao prosseguimento no concurso.

A título de ilustração da atualidade de tal quadro citamos as seguintes cláusulas editalícias de concursos jurídicos realizados recentemente:

Regulamento do X Concurso Público para provimento de cargo de juiz federal substituto da Primeira Região.

Capítulo III – Da Inscrição Preliminar:

Art.14 – A *inscrição preliminar* será requerida ao presidente da Comissão Examinadora na sede das Seções ou Subseções Judiciárias integrantes do TRF-1ª Região, mediante preenchimento de formulário próprio, acompanhado da seguinte documentação: VI – certidão revestida de fé pública que comprove o exercício, por dois anos, de advocacia – sem contar o estágio – ou de cargo ou função pública para os quais se exija diploma de bacharel em Direito. (grifou-se)

Edital Esaf 61, de 25 de agosto de 2004 – Concurso Público para provimento de vagas no cargo de procurador da Fazenda Nacional

8.5 – Da inscrição definitiva:

8.5.2 – A *inscrição definitiva* será requerida mediante o preenchimento, pelo candidato ou seu procurador, de formulário próprio, e necessariamente instruída com:

a) comprovação de 2 (dois) anos de prática forense; (grifou-se)

Edital de concurso público para provimento de cargos de juiz de Direito substituto do Estado de Minas Gerais, de 2 de junho de 2004.

II – Dos requisitos de inscrição – O candidato deverá preencher, *até o último dia de inscrição definitiva*, os seguintes requisitos: 6) Contar pelo menos quatro anos de efetivo exercício, a partir da colação de grau, como magistrado, promotor de Justiça, advogado ou servidor público ocupante de cargo

ou função para cujo desempenho sejam exigidos conhecimentos privativos de bacharel em Direito, a juízo da Comissão Examinadora. (grifou-se)

Edital do 175º Concurso de Provas e Títulos para Ingresso na Magistratura do Estado de São Paulo, de 7 de outubro de 2003:

Só poderá participar do concurso quem comprovar regularmente, a juízo da Comissão Examinadora:

e) haver exercido, efetivamente, por *dois anos*: I. a advocacia, como advogado ou estagiário (certidão da Ordem dos Advogados do Brasil), a função de estagiário ou cargo de carreira do Ministério Público (certidão da Procuradoria Geral de Justiça), da Procuradoria-Geral do Estado, de estagiário de Direito junto ao Poder Judiciário (certificado de aproveitamento), ou cargo de delegado de Polícia (certidão da Secretaria de Segurança Pública, Departamento da Administração e Planejamento da Polícia Civil); II. cargo de servidor da Justiça (certidão da Secretaria ou da Corregedoria-Geral da Justiça, ou de órgãos equivalentes); (grifou-se)

Percebe-se que, de um modo geral, os editais de concursos jurídicos exigem a comprovação do requisito da prática forense em momentos bem anteriores à posse, alguns chegando ao rigor de já exigi-lo por ocasião da inscrição preliminar, como é o caso do concurso de ingresso na magistratura federal.

A questão é de importância capital, haja vista que a grande maioria dos candidatos em um concurso jurídico encontra-se desempenhando uma profissão que conta tempo para a satisfação do requisito da prática forense, de modo que, conquanto não possa comprovar o cumprimento do requisito por ocasião da inscrição (preliminar ou definitiva), o poderá por ocasião da posse, eis que normalmente há uma grande distância temporal entre estes dois eventos (inscrição – preliminar/definitiva e posse), a qual atinge vários meses e em certos casos pode superar um ano.

No intuito de não se verem afastados do concurso, ante o não-atendimento da norma editalícia, os candidatos que não podem comprovar o tempo exigido de prática forense, seja por ocasião da inscrição preliminar, seja por ocasião da definitiva, têm recorrido ao Judiciário por meio da ação constitucional de mandado de segurança, ao argumento de que só por ocasião da posse há de ser exigida a comprovação dos requisitos legais para investidura no cargo público.

Aqui mais uma vez o STJ tem pendido para o lado dos candidatos, bastando conferir as decisões abaixo, que ilustram e traduzem a jurisprudência hoje dominante naquela Corte de Justiça:

Administrativo. Concurso público. Juiz de Direito substituto. Prática forense. Efetivo exercício da advocacia por dois anos ou de cargo para o qual se exija diploma de bacharel em Direito. Comprovação. Ato da posse. Súmula 266 do Superior Tribunal de Justiça.

1. Segundo o entendimento pretoriano dominante, a prática forense, traduzida no efetivo exercício da advocacia por dois anos ou de cargo para o qual se exija diploma de bacharel em Direito, é exigência legítima para ingresso na magistratura, *cujá comprovação deve ser exigida no ato da posse e não por ocasião das inscrições*. Súmula 266 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Recurso em mandado de segurança provido. (RMS 15221/RR; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2002/0104924-7, Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, data do julgamento: 12/12/02, data da publicação/fonte DJ 17/02/03, p. 371). (grifou-se)

Administrativo. Concurso público. Procurador da Fazenda. Minas Gerais. Exigência de diploma ou habilitação. Posse.

1. Ofende a CF/88, art. 37, I, a exigência da prova de conclusão do curso de Direito *no encerramento das inscrições*. Precedentes do STJ.

2. Recurso provido. (RMS 10764/MG; Recurso Ordinário em MS 1999/0027699-0, Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, data do julgamento: 16/09/99, data da publicação/fonte DJ 04/10/99, p. 73). (grifou-se)

Administrativo. Concurso público. Banco Central do Brasil. Exigência de conclusão do curso superior no ato da inscrição. Ilegalidade.

1. A exigência de critérios discriminatórios em edital de concurso deve ser feita precipuamente sob o prisma da lógica, bastando verificar se a diferenciação possui uma justificativa racional e necessária, ou se resulta de mera discriminação fortuita.

2. Quando se exige um diploma de curso superior, não é para que o candidato possa fazer as provas, mas para que tenha conhecimentos necessários ao melhor exercício das atribuições do cargo; *tal diploma só há de ser exigido, pois, no ato da investidura*. Precedentes deste STJ e do STF.

3. Agravo regimental não provido. (AgReg no Ag 110559/DF; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1996/0028750-3, Ministro Edson Vidigal, data do julgamento: 10/08/99, data da publicação/fonte DJ 13/09/99, p. 86). (grifou-se)

Nem mesmo o fato de estar a matéria hoje sumulada no STJ⁶ pôde pôr fim a tais litígios e dissensões, estando os editais de concursos jurídicos ainda muito conservadores e “apegados” ao texto da lei.

Mais uma vez o posicionamento do STJ é o que mais se coaduna com a nossa Carta Magna.

Com efeito, vigora em nosso estatuto jurídico-administrativo o princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos (art. 37, I), o qual admite a imposição de critérios, requisitos e restrições ao ingresso no cargo público, *desde que os mesmos sejam plenamente justificados*, pois do contrário caracterizar-se-ia medida arbitrária e inconstitucional.

Nada justifica a exigência do cumprimento do requisito da prática forense em momento anterior à posse, uma vez que somente por ocasião desta o outrora candidato iniciará efetivamente *o exercício de seu ofício*, e somente neste momento *deverá comprovar as qualificações que o credenciam e o legitimam ao desempenho da função pública*.

Colhem-se em alguns julgados, especialmente no que tange a controvérsias referentes ao cumprimento do requisito nos concursos da magistratura, argumentos no sentido de que a Súmula 266 do STJ não se aplicaria ao cargo de juiz⁷, por se tratar de cargo de poder. Conquanto seja inegável ser o juiz membro de poder, entendemos que a sua seleção *é um procedimento de natureza administrativa tal qual o são todos os demais concursos para provimento dos outros cargos públicos* sendo-lhe aplicável⁸ toda a jurisprudência que no STJ vem se formando, especialmente no que pertine à admissão de se provar a “prática forense” por ocasião da posse.

Preconizamos, portanto, que a exigência da prática forense, conquanto seja constitucional, não deve ser comprovada em momento anterior ao da posse, devendo todas as determinações legais⁹ que dispõem diversamente serem lidas com “outros olhos”, à luz da atual Constituição Federal, sob pena de se dar guarida a uma exigência arbitrária e de desmedido e injustificado rigor, apta somente a afastar potenciais valores intelectuais do seguimento no certame.

5. Conclusões

1 – A exigência da prática forense como condição para ingresso na carreira jurídica é constitucional, eis que a sua previsão está *plenamente justificada* em face das complexas e diversificadas atribuições inerentes às carreiras jurídicas as quais, para o seu adequado desempenho, requerem um contato anterior do candidato com a dinâmica do foro. Ademais, a Emenda Constitucional 45/04, que veiculou a “Reforma do Judiciário”, ao dispor sobre o ingresso nas carreiras da magistratura e do Ministério Público, trouxe o tema para dentro do próprio Texto Magno (art. 93, I, e art. 127, § 3º), no que se evidenciou a razoabilidade e plausibilidade da previsão de tal exigência como condição de ingresso nas carreiras jurídicas.

2 – Como meio de comprovação da prática forense não de ser admitidas *quaisquer atividades*, sejam profissionais, sejam acadêmicas, *que propiciem ao candidato, efetivamente, uma experiência jurídica básica e conhecimentos forenses essenciais*.

3 – A pesquisa jurídica não se presta à satisfação do requisito da prática forense, eis que proporciona, de regra, conhecimentos *meramente teórico-jurídi-*

cos.

4 – Somente por ocasião da posse deverá ser exigida a satisfação dos requisitos editalícios, eis que de tal medida não decorre prejuízo algum ao interesse público, além de ser a mais consentânea com os princípios administrativos da Constituição Federal, especialmente com o da *ampla acessibilidade aos cargos públicos* (CF/88, art. 37, I), *devendo ser considerado insubsistente e injustificado qualquer entendimento em contrário.*

Notas

¹ Ao longo deste estudo utilizamo-nos da expressão “prática forense”, dado o seu uso generalizado nos editais de concursos jurídicos, muito embora seja claro que a expressão “prática de atividade jurídica”, adotada inclusive pela EC 45/04, é a mais apropriada, dado que induz maior abrangência, a abarcar não apenas as atividades desenvolvidas no âmbito do foro, mas também outras que, conforme será demonstrado no decorrer deste ensaio, têm-se compreendido como aptas e legítimas a oferecer experiência jurídica.

² Spitzcovsky, Celso. A inconstitucionalidade do critério de prática de atividade jurídica para concurso público. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jun. 2004. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm.

³ No Estado de Minas Gerais o prazo mínimo já é de quatro anos (Lei Complementar Estadual 59/01, art. 165,VI).

⁴ Compreende-se que tal prazo foi ampliado para três anos, com a promulgação da Emenda 45, a qual deu nova redação ao art. 93, I, da CF/88.

⁵ MS 4.628/DF e MS 5.148/DF.

⁶ Súmula 266 – “O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.”

⁷ Confirmam-se os votos dos Des. Federais Carlos Fernando Mathias e Luciano Tolentino Amaral, dados no julgamento, pela Corte Especial do TRF-1ª Região, do Mandado de Segurança 2004.01.00.014372-7/PI.

⁸ Igual entendimento se aplica aos concursos do Ministério Público.

⁹ Como o mencionado art. 21, V, da Lei 5.010/66.

Tópicos Jurídicos

Breves Reflexões sobre o Homossexualismo

Vitor F. Kümpel*

* Doutor em Direito, juiz de Direito e professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus e da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus – FDDJ.

Em recente decisão, o egrégio Tribunal Superior Eleitoral – TSE, no Recurso Especial – REsp 24.564, deu provimento e modificou o acórdão anterior proveniente do Tribunal Regional Eleitoral do Pará, cujo relator foi o Min. Gilmar Mendes, com a seguinte ementa:

Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do Município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento.¹

Em relação à ementa acima transcrita, o importante não é seu ineditismo histórico nem sua unanimidade. Mais impressionante, sem sombra de dúvida, é a incrível possibilidade dos reflexos jurídicos que ela poderá acarretar, principalmente no campo do Direito de Família.

Para esclarecer o fato, o TSE reconheceu a existência de relação afetiva estável de um casal homossexual feminino, ao negar o registro da candidatura à Prefeitura de Viseu, Município do Estado do Pará, para a Deputada Estadual Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes (PFL), porque ela é parceira² da atual prefeita (reeleita em 2000), Astrid Maria Cunha e Silva.

O Min. Gilmar Mendes, Relator do acórdão no TSE, em suas considerações, observou que o ordenamento jurídico brasileiro ainda não admite a relação homossexual como entidade familiar, mas salientou haver fortes laços afetivos, assim como há no casamento, na união estável ou no concubinato. Informou que o Supremo Tribunal Federal já reconhece direitos previdenciários e patrimoniais entre parceiros.

Sem entrar no mérito das palavras do Min. Gilmar Mendes, em relação a se considerar a parceria civil como entidade familiar, é bom verificarmos que o art. 14, § 7º, da Constituição Federal afirma:

São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes, consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do presidente da República, de governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.³

Sem sombra de dúvidas, o TSE já vinha, de forma pacífica, reconhecendo analogia com a união estável heterossexual, prevista no art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Essa analogia é indiscutível na medida em que a *ratio* está no próprio texto constitucional.

A decisão, como já ressaltamos, não é só inovadora por contrariar o Texto Constitucional do art. 226, § 3º, o qual salienta haver entidade familiar apenas entre homem e mulher, proibindo expressamente a recepção do homossexualismo como norma familiar. Aliás, o Código Civil de 2002 também rechaça expres-

samente qualquer proteção familiar às relações homossexuais. O art. 1.514, por exemplo, deixa claro que o casamento se realiza no momento no qual o *homem e a mulher* manifestam vontade de estabelecer vínculo conjugal perante o juiz, e este os declara casados. O art. 1.565 estabelece que, pelo casamento, *homem e mulher* tornam-se consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos familiares. O art. 1.622 determina que a adoção só pode ser feita por duas pessoas se forem *marido e mulher* ou se viverem em união estável, nos moldes do art. 226, § 3º. O art. 1.694 dispõe que alimentos só podem ser pleiteados por parentes, *cônjuges ou companheiros* (art. 226, § 3º). O art. 1.723, ao tratar da união estável, deixa claro que ela só pode ser constituída entre *homem e mulher*. O art. 1.727 conceitua concubinato como relação não eventual, entre *homem e mulher*, que afronta o casamento.

Após mencionar todos esses artigos, é fácil verificarmos que o sistema familiar repudia expressamente a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, tratando essa união como uma sociedade civil qualquer. Sílvio de Salvo Venosa chega a mencionar:

Destarte, enquanto não houver aceitação social majoritária das uniões homoafetivas em nosso País, que se traduza em uma possibilidade legislativa, as uniões de pessoas do mesmo sexo devem gerar apenas reflexos patrimoniais relativos às sociedades de fato. No entanto, crescem os julgados e os movimentos no sentido de que esses direitos ganhem maior amplitude. Será uma questão de tempo mais ou menos longo para a lei admitir direitos mais ou menos amplos às relações afetivas e duradouras a pessoas do mesmo sexo.⁴

Ao que nos parece, não transcorrerá um grande lapso para tais situações adquirirem direitos, e talvez não seja necessária uma mudança constitucional, a qual considerávamos imprescindível.

Retomando o pensamento já comentado, a decisão é muito mais que inovadora, pois não só estabeleceu uma analogia, em norma restritiva de direitos, como equiparou os institutos constitucionalmente díspares. Sem levar em conta se há ou não a mesma *ratio* entre união estável homossexual e união estável heterossexual, para considerar ambas entidades familiares, estabeleceu a Corte Eleitoral uma relação de coordenação, ou seja, fixou um dever, e, sem perceber, criou uma faculdade, pois, nas relações de coordenação, a todo dever, fixa-se um direito. O Prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁵ ensina que sistematicamente, nas relações de coordenação, por serem normas de conduta, como no caso em questão, o dever imposto pelo Estado às relações homossexuais, equiparando-as às relações familiares, implica a faculdade de o homossexual exigir que o Estado lhe garanta os mesmos direitos da família.

Dessa forma, fica a questão dos efeitos do precedente jurisprudencial vir a caracterizar relações familiares, em que, citando pessoas como as parceiras Maria Eulina e Astrid Maria, possam, a partir de agora, exigir o direito de adoção;

obrigação alimentar recíproca; direito sucessório mútuo e a meação de bens, entre tantos outros direitos familiares. Ressaltando que, como foram equiparadas a pessoas casadas e vivendo uma união estável (por serem consideradas inelegíveis), por que, então, ao mesmo tempo, não poderiam usufruir dos direitos acima mencionados?

Notas

¹ TSE, REsp 24.564/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 1º/10/04.

² Denominação jurídica para o companheiro na relação homossexual.

³ *Constituição da República Federativa do Brasil*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 20.

⁴ *Direito Civil: Direito de Família*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.

⁵ *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

Lei 9.099/95 e Ação Penal Privada

André Estefam Araújo Lima *

Luiz Antônio de Souza **

A Lei 9.099/95 instaurou um novo modelo político-criminal no País, que, até então, era marcadamente repressivo (Lei dos Crimes Hediondos, Lei do Crime Organizado). O novo modelo por ela apresentado é o do consenso, novo paradigma na Justiça Criminal brasileira.

Dentre as várias inovações trazidas pelo novo estatuto legal, duas se mostram de especial importância: os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

A transação penal prevista no art. 76 da Lei 9.099/95 é cabível para todas as infrações de menor potencial ofensivo. Estas, segundo o art. 61 desse diploma legal, são todas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima abstrata não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que haja previsão de procedimento especial.

Ocorre, porém, que a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/01) estendeu o conceito de infração de menor potencial ofensivo, definindo-a, no art. 2º, como toda aquela cuja pena máxima não for superior a 2 (dois) anos, ou multa, além de não ter excluído da sua abrangência as infrações sujeitas a procedimento especial, portanto, e tal é pacífico na doutrina e jurisprudência, a transação penal é

* Promotor de Justiça e professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

** Promotor de Justiça em São Paulo e professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus e da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus.

instituto a ser aplicado a todas as contravenções e crimes em que a pena máxima abstrata não seja superior a 2 (dois) anos, ou multa, estando ou não submetidas a procedimento especial.

Bem se vê que o campo da transação penal alargou enormemente, podendo-se afirmar, sem dúvida, que atualmente a imensa maioria das infrações está submetida ao procedimento ordinário (crimes apenados com reclusão) ou à Lei 9.099/95.

O art. 76, todavia, limitou a transação penal às infrações de ação penal pública incondicionada e condicionada à representação, uma vez que legitimou apenas o Ministério Público para a sua propositura. Não houve previsão da aplicação do instituto às ações penais privadas.

O mesmo ocorreu em relação à suspensão condicional do processo. O art. 89 prevê que a suspensão do processo é cabível para os crimes cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, tenham ou não rito especial. Limitou, todavia, a sua aplicação apenas aos crimes de ação penal pública (incondicionada ou condicionada), uma vez que legitimou apenas o Ministério Público para a proposta.

A doutrina, vacilante de início, acabou por admitir a aplicação, por analogia, do disposto na primeira parte do art. 76, para incidir também nas infrações mediante queixa. Também assim em relação à suspensão do processo. Atualmente é corrente o entendimento do cabimento da suspensão aos crimes de ação penal privada (exclusivamente privada ou personalíssima).

A jurisprudência brasileira comunga esse mesmo entendimento. O Superior Tribunal de Justiça – STJ, pela sua 5ª T, no *HC* 13.337/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 15/05/01, *DJ* de 13/08/01, p. 181, proclamou que “A Lei 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada”. Mais recentemente, a 5ª T se pronunciou novamente, no *HC* 34.085/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 08/06/04, *DJ* de 02/08/04, p. 457, deixando estabelecido que “A Terceira Seção desta egrégia Corte firmou o entendimento no sentido de que, preenchidos os requisitos autorizadores, a Lei dos Juizados Especiais Criminais aplica-se aos crimes sujeitos a ritos especiais, inclusive aqueles apurados mediante ação penal exclusivamente privada. Ressalte-se que tal aplicação se estende, até mesmo, aos institutos da transação penal e da suspensão do processo”. Ainda nesse sentido o *HC* 33.929/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 19/08/04, *DJ* de 20/09/04, p. 312: “A Lei dos Juizados Especiais incide nos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a

transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais exclusivamente privadas”.

Tendo em conta que a lei só se refere à possibilidade de transação e suspensão propostas pelo Ministério Público, quem teria legitimidade para fazê-lo em se tratando de ação penal privada?

A doutrina que se manifesta a respeito diz que em razão da aplicação analógica do art. 76 à ação penal privada, deve-se permitir “que a faculdade de transacionar, em matéria penal, se estenda ao ofendido, titular da queixa-crime (...)”, isso porque “Como somente deste é a legitimidade ativa à ação, ainda que a título de substituição processual, somente a ele caberia transacionar em matéria penal, devendo o Ministério Público, nesses casos, limitar-se a opinar”¹.

Identicamente ocorre em relação à suspensão do processo. Admitido o instituto, previsto no art. 89, aos crimes de ação penal privada, caberia ao querelante formular a proposta.

Cabe, todavia, uma consideração. A transação penal e a suspensão do processo, atualmente, não são tidas como direito público subjetivo do autor do fato e do acusado. No tocante ao Ministério Público, vigora o princípio da discricionariedade regrada, devendo guiar-nos o contido na Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal – STF, aplicável a ambas as situações: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

No tocante à vítima, porém, tratando-se de infrações de ação penal privada, outros princípios vigoram. Imperam os princípios da discricionariedade e da disponibilidade, daí porque, entendendo-se que a transação e a suspensão não são direito público subjetivo do autor do fato e do acusado, a sua formulação fica na estrita conveniência do ofendido, que, ao se recusar a formulá-las, inviabilizará a transação e a suspensão.

Nesse sentido, inclusive, decidiu o egrégio STJ (quanto à transação penal). A colenda 6ª T, no RHC 8.123/AP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 16/04/99, *DJ* de 21/06/99, p. 202, deixou assentado que “Na ação penal de iniciativa privada, desde que não haja formal oposição do querelante, o Ministério Público poderá, validamente, formular proposta de transação que, uma vez aceita pelo querelado e homologada pelo juiz, é definitiva e irretratável”.

Como se vê, o STJ admitiu a proposta de transação penal por parte do Ministério Público em não havendo formal oposição do querelante, donde

concluir que este tem primazia na decisão pela proposta ou não. E o mesmo raciocínio pode-se aplicar à suspensão do processo, a qual poderá ser formulada pelo *parquet*, nos crimes de ação penal privada, desde que não se oponha o querelante.

Enfim, é a conclusão, as infrações de ação penal privada admitem os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, os quais podem ser propostos pelo Ministério Público, desde que não haja discordância da vítima ou seu representante legal, o que impõe considerar que o ofendido é quem detém discricionariedade para a propositura.

Nota

¹ Grinover, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*. 4^a ed. São Paulo: RT, 2002. p. 142-143.

Súmula 49

Súmula 49*

“O critério de revisão previsto na Súmula 260 do Tribunal Federal de Recursos, diverso do estabelecido no art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, perdeu eficácia a partir do Decreto-Lei 2.335, de 12 de junho de 1987”.

Apelação Cível

93.01.25154-0/MG

Rel. Originário: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Rel. Designado: O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado (RI-TRF1, art. 194, parágrafo único.)

Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Advogado: Dr. Vicente de Paulo Cunha Braga

Apelado: José Ivonez Alexandre

Advogada: Dra. Denise Rufina de Vito

Publicação: DJ 2 de 17/05/05

*REPDJ, Seção 2 em 24/05/05, capa.

Ementa

Previdenciário. Incidente de revisão da Súmula 21. Período de eficácia da Súmula 260 do extinto TFR. Minoração. Edição do Decreto 2.335, de 12 de junho de 1987. Determinação de atualização do salário mínimo e revisão de proventos pela URP. Inexistência de perda em razão de aplicação dos critérios inscritos na Súmula 260 do ex-TFR, nesse período. Cancelamento da Súmula 21 deste TRF. Edição de nova súmula.

I. Nos termos do Decreto-Lei 2.335/87, que regulamentou a forma de reajustamento do salário mínimo, dos salários, pensões e proventos pela variação da Unidade de Referência de Preços – URP, não se suporta a Súmula 21 deste TRF, que fixava a vigência do disposto na Súmula 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos até 04/04/89, quando os benefícios previdenciários passaram a ser revisados pelo critério inscrito no art. 58 do ADCT.

II. É anódina a aplicação da Súmula 260 do ex-TFR a partir de 12 de junho de 1987, data da edição do Decreto-Lei 2.335, uma vez que não há perda a ser corrigida pela aplicação dos critérios nela inscritos – por aplicação de reajustamento proporcional ao mês da concessão do benefício previdenciário, ou por enquadramento nas faixas salariais de reajustamento de acordo com o salário mínimo anterior – tendo em vista que o próprio salário mínimo, que norteava a revisão segundo a citada súmula, passou a ser atualizado pela URP.

III. Cancelamento da Súmula 21 deste TRF-1 e edição de nova súmula com o seguinte teor: “O critério de revisão previsto na Súmula 260 do Tribunal Federal de Recursos, diverso do estabelecido no art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, perdeu eficácia a partir do Decreto-Lei 2.335, de 12 de junho de 1987”. (Rel. Des. Federal Luciano T. Amaral)

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, cancelar a Súmula 21 deste Tribunal e editar nova súmula.

1ª Seção do TRF-1ª Região – 22/02/05.

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*, Relator designado.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — José Ivonez Alexandre, segurado da Previdência Social com benefício de “Abono de Permanência em Serviço” concedido aos 22/08/88, ajuizou, aos 24/04/92, Ação Ordinária

(92.0200415-3) contra o INSS perante a Vara Única de Uberaba/MG, pleiteando a autarquia-ré fosse condenada a:

.... pagar as diferenças advindas da não-aplicação da correção do salário mínimo sobre o benefício deferido inicialmente, observando-se as posteriores correções do salário mínimo, bem como pagar as diferenças verificadas a partir de 1991. As diferenças encontradas deverão sofrer atualização monetária, acréscimos dos juros legais, devendo a autarquia, ainda, ser condenada a pagar honorários advocatícios sobre o total dos débitos, além de custas e despesas processuais.

Deu à causa o valor de Cr\$500.000,00.

O MM. Juiz Federal Paulo Fernando da Silveira, por sentença datada de 11/05/93, julgou procedente o pedido, nos seguintes termos:

Ex positis, julgo procedente a ação, a fim de que o réu reajuste o benefício previdenciário do autor de acordo com o enunciado nas alíneas *a*, *m* e *c* supra, aplicando-se sobre as parcelas anteriores ao ajuizamento da ação a correção monetária nos moldes da Súmula 71 do TFR e, posteriormente, consoante a Lei 6.899/81, abatendo-se os valores dos reajustes concedidos de outra forma.

Condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios à base de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, isentando-o de custas (Lei 6.032/74 – art. 9º), devendo, contudo, reembolsar as antecipadas pelo autor.

O MM. juiz *a quo* assim fundamentou a sua decisão:

Portanto, para quem é titular de um benefício previdenciário, concedido sob a égide da Constituição de 1969, temos três enfoques, relativamente ao seu reajuste:

a) Deverá observar a Súmula 260 até abril de 1989, inclusive aplicando-se, no primeiro reajuste do benefício, o índice integral do aumento verificado, e não proporcional, independentemente do mês de sua concessão, devendo ser considerado o salário mínimo de referência (após sua extinção, pelos índices ORTN, BTN e INPC) em face do disposto no Decreto-Lei 2.351/81, consoante acórdãos abaixo transcritos:

“Previdenciário. Reajuste de benefício.

1. Incidência da Súmula 260 – TFR na revisão dos reajustes do benefício do autor, devendo se considerar o salário mínimo de referência e não o piso nacional de salários, face o disposto no Decreto-Lei 2.351/81.

2. Sentença mantida no que se refere à correção monetária.

3. Apelação parcialmente provida.” (TRF4, AC 92.04.02597-2/RS, 1ª T, Rel.: Juiz Hadad Viana, DJU 03/06/92, p. 15.518.)

(....)

“Previdenciário. Reajustamento de benefícios.

‘Índice da política salarial’ e ‘Índices de aumento de salário mínimo’ são expressões com significado diverso. Esta está contida naquela.

Os índices de reajustamento dos benefícios a serem aplicados, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, eram os da política salarial, e não os do aumento do salário mínimo, que somente seriam aplicáveis às faixas inferiores, expressamente determinadas por lei. Mas nenhum benefício previdenciário poderá ser inferior ao salário mínimo.

Apelo parcialmente provido.” (TRF5, AC 16208/AL (92.05.16049-0), Rel. Juiz Hugo Machado, DJ 07/05/93, p. 16.789.)

b) Somente após abril/89 é de se aplicar a equivalência com a quantidade de salários mínimos, porque esse direito só foi conquistado com a promulgação da Constituição Federal (CF – ADCT – arts. 58 e 59).

c) O benefício deverá adequar-se à Lei 8.213/91 – art. 41 (novo plano de benefício, como determinou o constituinte. CF – art. 201, § 2º, e ADCT, art. 58/9).

O INSS apelou, sustentando, em resumo, que o reajustamento do benefício do autor obedeceu os critérios ditados pelo Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, em atendimento ao disposto no art. 21 do Decreto 89.312/84, cujo dispositivo foi integralmente repetido no art. 29 da Lei 8.213/91; e já procedeu à revisão do benefício na forma do art. 144, e seu parágrafo único, da mesma Lei 8.213/91.

Contra-razões do apelado pela manutenção da sentença, repisando sua tese.

Para maior facilitação no entendimento dos argumentos e fundamentos a seguir reproduzidos, transcrevo a Súmula 260 do TFR:

No primeiro reajuste do benefício previdenciário deve-se aplicar o índice integral do aumento verificado, independentemente do mês da concessão, considerado, nos reajustes subsequentes, o salário mínimo então atualizado.

O MPF, em parecer da lavra do então Procurador Carlos Eduardo Moreira Alves, opinou pelo provimento do recurso, nos seguintes termos:

(....)

Sendo certo, portanto, como ressei nítido da análise da evolução dos reajustamentos do valor dos benefícios previdenciários iniciados em agosto de 1988, como os do autor, que não houve utilização de qualquer índice proporcional que desse margem à aplicação ao caso do entendimento constante na primeira parte do enunciado de número 260 da Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos, nem adoção de salário mínimo anterior que pudesse fazer incidir o preconizado em sua parte final – até porque a política salarial que permitia a incidência de tais critérios não mais se encontrava em vigor –, sequer existe suporte factual para invocação de seu preceito no caso *sub judice*. As recomposições, como sustenta o recorrente, se fizeram corretamente na forma da legislação constitucional e infraconstitucional que as disciplinou

e, por isso mesmo, não se há cogitar, na espécie, de diferenças capazes de autorizar decreto de procedência da ação.

Em julgamento iniciado aos 12/09/95, após o voto do Relator Juiz Plauto Ribeiro, dando provimento à apelação, pediu vista o Juiz Catão Alves, aguardando o Juiz Aldir Passarinho Junior. Prosseguimento o julgamento aos 05/12/95, a Primeira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido do autor, condenando-o nos ônus de sucumbência, e determinou a remessa dos autos à Primeira Seção para a revisão da Súmula 21 desta Corte.

O voto do Relator Juiz Plauto Ribeiro foi lavrado nos seguintes termos:

O eminente Procurador da República, Carlos Eduardo Moreira Alves, ao opinar pelo provimento do recurso, argumentou, com maestria, que, *in verbis*:

“Invocando o cumprimento das normas legais que disciplinam a espécie, o presente recurso pede a reforma de respeitável sentença do Juízo Federal em Uberaba, Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, que condenou o Instituto Nacional do Seguro Social a rever os reajustes do benefício previdenciário do autor de acordo com o enunciado de número 260 da Súmula da jurisprudência predominante do extinto Tribunal Federal de Recursos, até o mês de abril de 1989; a partir de então, até a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, nos termos do art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e, após, segundo os preceitos daquela. Condenou-o, ainda, no pagamento das diferenças apuradas, acrescidas de juros e correção monetária.

Do exame da documentação constante nos autos, em especial do documento reproduzido por fotocópia a folhas 11, observa-se que o abono de permanência em serviço cuja revisão se pleiteia foi concedido a partir de 22 de agosto de 1988, quando estava em vigor o Decreto-Lei 2.335, de 12 de junho de 1987, que estabeleceu:

‘Art. 8º Fica assegurado aos trabalhadores, a título de antecipação, o *reajuste mensal* dos salários, inclusive do salário mínimo, pensões, *proventos* e remunerações em geral, *em proporção idêntica à variação da Unidade de Referência de Preços – URP*, exetuado o mês da data-base.’ (os destaques não constam do original)

Em função desse dispositivo, os benefícios de prestação continuada devidos pela Previdência Social passaram a ser reajustados mensalmente de acordo com o *índice integral* de variação da Unidade de Referência de Preços, como pode ser facilmente constatado nos atos normativos baixados para esse fim (Portarias MPAS 4.230, de 05/05/88; 4.246, de 03/06/88; 4.263, de 1º/07/88; 4.306, de 1º/08/88; 4.320, de 1º/09/88; 4.372, de 05/12/88 e 4.390, de 02/01/89).

Sobreveio a Lei 7.730, de 31 de janeiro de 1989 – em que foi convertida a Medida Provisória 32, de 15 dos mesmos mês e ano – determinando congelamento de preços e salários, e definindo a fixação do valor destes, soldos,

proventos, aposentadorias e demais remunerações de acordo com os respectivos valores reais médios do ano de 1988, apuráveis na forma do anexo I àquele diploma legal. Os benefícios previdenciários foram ajustados a essa legislação, na forma da Portaria 4.405, de 25 de janeiro de 1989; majorados em 2,43%, no mês de março, para atendimento da Lei 7.737, de 28 de fevereiro de 1989, até serem, os em manutenção na data da promulgação da Carta de 1988, revistos e reajustados na forma do disposto no art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (Portaria 4.426, de 8 de março de 1989), critério que perdurou até a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, quando então passaram a observar os preceitos desta.

Sendo certo, portanto, como ressaltado na análise da evolução dos reajustamentos do valor dos benefícios previdenciários iniciados em agosto de 1988, como os do autor, que não houve utilização de qualquer índice proporcional que desse margem à aplicação ao caso do entendimento constante na primeira parte do enunciado de número 260 da Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos, nem adoção de salário mínimo anterior que pudesse fazer incidir o preconizado em sua parte final – até porque a política salarial que permitia a incidência de tais critérios não mais se encontrava em vigor –, sequer existe suporte factual para invocação do seu preceito no caso *sub judice*. As recomposições, como sustenta o recorrente, se fizeram corretamente na forma da legislação constitucional e infraconstitucional que as disciplinou e, por isso mesmo, não se há cogitar, na espécie, de diferenças capazes de autorizar decreto de procedência da ação”.

Nosso parecer, do quanto exposto, é favorável ao provimento do recurso para que, reformada a sentença, venha a ser julgada improcedente a ação”. (cf. fls. 96/99)

Nada tenho a acrescentar a este douto e lúcido parecer, que acolho, para dar provimento à apelação, julgando improcedente o pedido formulado na inicial pelo autor, ora apelado, que pagará as custas processuais e honorários de advogado, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

É como voto.

O voto-vista do Juiz Catão Alves é do seguinte teor:

1. Prescrevem a Súmula 260 do Tribunal Federal de Recursos e o art. 8º do Decreto-Lei 2.335, de 12 de junho de 1987:

“No primeiro reajuste do benefício previdenciário, deve-se aplicar o índice integral do aumento verificado, nos reajustes subseqüentes, o salário mínimo então atualizado.”

“Art. 8º – Fica assegurado aos trabalhadores, a título de antecipação, o reajuste mensal dos salários, inclusive do salário mínimo, pensões, proventos e remunerações em geral, em proporção idêntica à variação da Unidade de Referência de Preços – URP, excetuado o mês da data-base.”

2. Verifica-se, pelo exame das transcrições feitas no item anterior, que a Súmula 260 do Tribunal Federal de Recursos, veio corrigir distorções no cálculo da Renda Mensal Inicial e dos reajustes posteriores dos benefícios

previdenciários porque o Instituto Nacional do Seguro Social, utilizando-se de critérios administrativos sem respaldo legal, através de simples portarias, adotava critérios proporcionais em relação ao último reajuste do salário mínimo para estabelecê-los, reduzindo-os, quer no início, quer posteriormente.

3. Acontece, porém, que o art. 8º do Decreto-Lei 2.335/87, ao criar a Unidade de Referência de Preços, estabeleceu novo parâmetro de reajuste, que se estendeu não só ao reajuste do salário mínimo, mas dos benefícios previdenciários em geral.

4. Desse modo, a partir do surgimento da Unidade de Referência de Preços, tais benefícios passaram a tê-la como parâmetro de reajuste, não mais o salário mínimo. Por conseguinte, não há como se falar em defasagem ou reajustes proporcionais ao concedido ao salário mínimo porque ele próprio passou a ser reajustado pela Unidade de Referência de Preços, pormenor que torna ilegítima a pretensão de revisão nos termos da Súmula 260 do Tribunal Federal de Recursos, por falta do critério nela estabelecido, o salário mínimo, a partir do surgimento da Unidade de Referência de Preços.

5. Acontece, porém, que os benefícios previdenciários anteriores ao Decreto-Lei 2.335/87 continuaram tendo direito à revisão nos termos da aludida súmula porque os reajustes pela Unidade de Referência de Preços não corrigiram a defasagem anterior, nem a extinguíram; apenas a diminuíram.

6. Desse modo, como o benefício do apelado foi-lhe concedido em 22/08/88 (fls. 11), por falta de base fática, a Súmula 260 do Tribunal Federal de Recursos, não se aplica à espécie.

Com essas considerações, acompanho o ilustre Relator.

Não foi lavrado o acórdão correspondente.

A certidão do julgamento, todavia, foi assim lançada (fls. 107):

Prosseguindo no julgamento, a Turma, à unanimidade, após os votos dos Exmos. Srs. Juízes Plauto Ribeiro e Catão Alves, dando provimento à apelação, determinou a remessa dos autos à Primeira Seção para revisão da Súmula 21 desta Corte.

Acompanharam os Exmos. Srs. Juízes Catão Alves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 5 de dezembro de 1995.

Por despacho de fls. 108, datado de 26/06/96, o então Relator Juiz Plauto Ribeiro encaminhou os autos ao Ministério Público, “eis que se trata de revisão de parte da Súmula 21 desta Corte”.

Com vista, o Procurador Marinho Mendes Domenici, em parecer datado de 09/07/97, manifestou-se pela reforma parcial da Súmula 21/TRF1, da seguinte forma (fls. 110/111):

A Súmula 21 dessa egrégia Corte preceitua:

“O critério de revisão previsto na Súmula 260 do Tribunal Federal de Recursos, diverso do estabelecido no art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, e aplicável somente aos benefícios previdenciários concedidos até 04/10/88, perdeu a eficácia em 05/05/89.”

No processo em epígrafe, o benefício do apelado foi concedido em 22/08/88, período de vigência do Decreto-Lei 2.335/87. Acontece que, com o surgimento da Unidade Referência de Preços, não se cogitou mais em defasagem ou reajustes proporcionais ao concedido ao salário mínimo, porque ele mesmo passou a ser reajustado pela Unidade de Referência de Preços. Sendo assim, não há de ser aplicada a Súmula 260 do Tribunal Federal de Recursos, a partir da vigência do referido decreto.

Portanto, é cabível a reforma parcial da Súmula 21, pois o período de concessão do benefício citado anteriormente confronta parcialmente com a determinação desta súmula, uma vez que esta preceitua a aplicação da Súmula 260 do TFR a todos os benefícios previdenciários concedidos até 04/10/88, devendo então ser reformulada a aplicação dos critérios de revisão previstos na Súmula 260 no sentido de produzir efeitos até a data de vigência do Decreto 2.335, de 12 de junho de 1987.

Sendo assim, opinamos pela reforma parcial da Súmula 21 dessa colenda Corte.

Aos 09/04/97 os autos foram redistribuídos ao Juiz Leite Soares, por sucessão ao primitivo Relator Juiz Plauto Ribeiro, que assumira a Vice-Presidência desta Corte em 31/03/97 (fls. 112).

Consoante a certidão de fls. 114, os autos me foram redistribuídos em 06/05/98, por sucessão ao Juiz Leite Soares, que se aposentara em 10/03/98, cujo acervo processual me coube quando da minha transferência da 2ª para 1ª Turma em maio/98.

Por despacho de 23/09/99, determinei a juntada do inteiro teor do acórdão que deu origem à Súmula 21 desta Corte, para os fins do § 2º do art. 109 do RI/TRF-1ª Região.

Aos 24/09/99 foi juntado o acórdão, da lavra do Relator Juiz Catão Alves, na AC 93.01.13005-0/MG, apelante o INSS e apelada Amazilde Rehwagen oriundo da 6ª Vara Federal de Minas Gerais, assim ementado (fls. 123):

Previdência Social. Benefício previdenciário. Reajuste de proventos. Critérios. Carência da ação. Art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Correção monetária.

1. O art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 não impede a revisão judicial de cálculos de benefícios previdenciários, nem proíbe o pagamento de prestações pretéritas.

2. Os cálculos iniciais e dos reajustes posteriores dos valores dos benefícios previdenciários devem ser feitos consoante o disposto na Súmula 260

do Tribunal Federal de Recursos.

3. Correção monetária a partir do primeiro pagamento a menor (Súmula 71, TFR, e Lei 6.899/81) – precedentes da Turma.

4. Apelação denegada.

5. Sentença confirmada.

6. Remessa à Seção para elaboração de súmula sobre a matéria determinada. (Carência da ação – art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988).

Acórdão

Vistos, relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, à unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação de fls. 46/52 e determinar a remessa dos autos à egrégia Primeira Seção para inscrição da matéria em súmula, nos termos do voto do Exmo. Sr. Juiz Relator, de acordo com relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 16 de junho de 1993. (data do julgamento)

Juiz Catão Alves – Presidente e Relator.

O voto condutor do acórdão tem o seguinte teor (fls. 119/121):

1. Não há como se falar em *carência da ação* em virtude do cumprimento da determinação inserta no art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, uma vez que este preceito não constitui óbice à pretensão contida na peça vestibular, porque não impede revisão judicial de cálculo de benefício previdenciário e embora não abranja prestações pretéritas, contudo, também não proíbe seu pagamento.

2. No mérito, a decisão recorrida também não merece censura por ter sido proferida de acordo com a Súmula 260 do egrégio Tribunal Federal de Recursos:

“No primeiro reajuste do benefício previdenciário deve-se aplicar o índice integral do aumento verificado, independentemente do mês da concessão, considerado, nos reajustes subseqüentes, o salário mínimo então atualizado.”

3. Com relação à correção monetária, acertada foi a estipulação feita na sentença porque, sendo o pagamento errôneo anterior ao ajuizamento do pedido, o critério desejado no recurso resultaria em prêmio à inadimplência do réu em detrimento do direito da credora e em enriquecimento sem causa por parte *daquele, diante da inflação galopante que assola o País*.

4. Não fora isso, a forma de correção monetária impugnada tem encontrado guarida *unânime* nesta egrégia Turma em julgamento de recursos

(AC 89.01.00256-6/MG, AC 89.01.09445-2/MG e AC 89.01.22624-3/MG – Rel. Juiz Aldir Passarinho Júnior – Sessão de julgamento – 13/09/89; AC 89.01.10128-9/MG e 89.01.10598-5/MG – Rel. Juiz Catão Alves – DJU 23/10/89 – Sessão II – p. 12.702).

Pelo exposto, *nego provimento* ao recurso de apelação de fls. 46/52 e confirmo a sentença em discussão, *propondo*, diante de reiteradas decisões convergentes das 1ª e 2ª Turmas deste Tribunal a respeito da possibilidade de revisão de benefícios previdenciários nos termos da Súmula 260 do Tribunal Federal de Recursos, em face do art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 (AC 91.01.13607-0/MG, AC 91.01.13608-9/MG, AC 91.01.05135-0/MG, AC 92.01.07566-9/MG, AC 90.01.03899-9/MG, AC 89.01.16762-0/MG, AC 91.01.15721-3/MA, AC 91.01.10354-7/MG, AC 90.01.00933-6/MG e AC 91.01.04477-0/MG), a remessa dos autos à Seção para elaboração de súmula sobre a matéria (Regimento Interno, arts. 113, § 1º, e 117).

A certidão de julgamento foi a seguinte (fls. 122):

A Turma, à unanimidade, nos termos do voto do Exmo. Sr. Juiz Relator, negou provimento à apelação e determinou a remessa dos autos à egrégia Primeira Seção para inscrição da matéria em súmula.

Acompanharam os Exmos. Srs. Juízes Aldir Passarinho Junior e Leomar Amorim.

Brasília, 16 de junho de 1993.

Esta Primeira Seção, em julgamento de 24/11/93, fez editar a Súmula 21, publicada no DJU 16/02/94, p. 4.382, que tem por referências dez acórdãos da 1ª Turma e seis acórdãos da 2ª Turma, com o seguinte verbete:

Súmula 21.

O critério de revisão previsto na Súmula 260 do Tribunal Federal de Recursos, diverso do estabelecido no art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, e aplicável somente aos benefícios previdenciários concedidos até 04/10/88, perdeu a eficácia em 05/04/89.

Recebi os autos em 27/09/99.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — A Súmula 21 desta Corte, repito, tem o seguinte enunciado:

* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Aloísio Palmeira Lima, José Amílcar Machado, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Assusete Magalhães e Jirair Aram Meguerian. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro.

Súmula 21.

O critério de revisão previsto na Súmula 260 do Tribunal Federal de Recursos, diverso do estabelecido no art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, e aplicável somente aos benefícios previdenciários concedidos até 04/10/88, perdeu a eficácia em 05/04/89.

O critério de reajuste da já transcrita Súmula 260 do TFR, no ponto em que aqui interessa, diz:

.... considerado, nos reajustes subseqüentes, o salário mínimo então atualizado.

O parâmetro, pois, para o reajustamento dos benefícios previdenciários, segundo o critério da Súmula 260/TFR, era estabelecido, então, em função dos índices de alteração do salário mínimo, de tal sorte que eles deveriam ser reajustados sempre que fosse alterado o salário mínimo, em consonância com a previsão contida no art. 1º do DL 2.171/84, *verbis*:

Art. 1º O reajuste dos benefícios de média e longa duração a cargo da Previdência Social far-se-á sempre que for alterado o salário mínimo, sendo devido a contar da data em que este entrar em vigor.

Ocorreu, todavia, que o Decreto-Lei 2.335, de 12/06/87 (Plano Bresser), que dispôs sobre o congelamento de preços e aluguéis, reajustes mensais de salários e vencimentos e instituiu a Unidade de Referência de Preços – URP, previra, no seu art. 3º, que:

Art. 3º Fica instituída a Unidade de Referência de Preços – URP para fins de reajustes de preços e *salários*. (grifei)

O seu seguinte art. 8º assegurou:

Art. 8º Fica assegurado *aos trabalhadores*, a título de antecipação, o *reajuste mensal dos salários*, inclusive do salário mínimo, pensões, proventos e remunerações em geral, *em proporção idêntica à variação da Unidade de Referência de Preços – URP*, excetuado o mês da data-base. (grifei)

A Lei 7.604, de 26/05/87, que dispõe sobre a atualização de benefícios da Previdência Social, determinou que “cabe ao ministro de Estado da Previdência e Assistência Social atualizar os benefícios da Previdência Social segundo os critérios estabelecidos para a política salarial” (art. 5º).

Com base nesta delegação do citado art. 5º e nas disposições dos também transcritos arts. 3º e 8º do DL 2.335/87, o ministro de Estado do Ministério da Previdência e Assistência Social baixou a Portaria/MPAS 4.230 de 05/05/88, nos seguintes termos:

Considerando o art. 153 do Regulamento de Benefícios da Previdência Social, instituído pelo Decreto 83.080, de 24 de janeiro de 1979;

Considerando o art. 5º da Lei 7.604, de 26 de maio de 1987;

Considerando os arts. 3º e 8º do Decreto-Lei 2.335, de 12 de junho de 1987, e

Considerando a Portaria 120, de 29 de fevereiro de 1988, do Ministro de Estado da Fazenda, resolve:

1. Os benefícios em manutenção iniciados até 31 de abril de 1988, nos termos da legislação da Previdência Social, serão reajustados, a partir de 1º de maio de 1988, em 16,19% (dezesesseis inteiros e dezenove centésimos por cento). (....).

Os mesmos dispositivos legais acima invocados embasaram inúmeras portarias posteriores, como a Portaria/MPAS 4.246, de 03/06/88, que aplicou o reajuste de 17,68% a partir de 1º/06/88; a Portaria/MPAS 4.263, de 1º/07/88, que aplicou o reajuste de 17,68% a partir de 1º/07/88; a Portaria/MPAS 4.306, de 1º/08/88, que aplicou o reajuste de 17,68% a partir de 1º/08/88; a Portaria/MPAS 4.320, de 1º/09/88, que aplicou o reajuste de 21,39% a partir de 1º/09/88; a Portaria/MPAS 4.359, de 04/11/88, que aplicou o reajuste de 21,39% a partir de 1º/11/88; a Portaria/MPAS 4.372, de 05/12/88, que aplicou o reajuste de 26,05% a partir de 1º/12/88; e a Portaria/MPAS 4.390, de 02/01/89, que aplicou o reajuste de 26,05% a partir de 1º/01/89.

Relembro em 05/10/88 foi promulgada a nova Constituição.

Neste contexto normativo-constitucional sobreveio a Lei 7.730, de 31/01/89 (Plano “Collor”), com efeito retroativo a 15/01/89 (resultante da conversão da MP 32, de 15/01/89), que instituiu o “cruzado novo”, determinou o congelamento de preços e estabeleceu regras para a desindexação da economia, estabelecendo que os valores dos vencimentos, proventos, soldos, aposentadorias e demais remunerações passariam a ser calculados de acordo com o Anexo I daquela lei, consoante previsão do seu art. 5º, *verbis*:

Art. 5º Os salários, vencimentos, soldos, proventos, aposentadorias e demais remunerações de assalariados, bem como pensões, relativos ao mês de fevereiro de 1989, se inferiores ao respectivo valor médio real de 1988, calculado de acordo com o Anexo I, serão para este valor aumentados.

Para ajustar os benefícios previdenciários à sistemática instituída pela MP 32/89, convertida na Lei 7.730/89, foi baixada a Portaria/MPAS 4.405, de 25/01/89, nos seguintes termos:

Considerando o art. 153 do Regulamento de Benefícios da Previdência Social, instituído pelo Decreto 83.080, de 24 de janeiro de 1979;

Considerando o art. 5º da Lei 7.604, de 26 de maio de 1987;

Considerando a Medida Provisória 32, de 15/01/89, da Presidência da República, resolve:

1. Os valores dos benefícios em manutenção em janeiro de 1989, expressos em cruzados, serão convertidos para cruzados novos na forma do art. 4º da Medida Provisória 32, de 15 de janeiro de 1989.

2. A fixação dos valores dos benefícios em manutenção, para 1º de fevereiro de 1989, será feita de acordo com o art. 5º da Medida Provisória 32, de 15 de janeiro de 1989, mediante a multiplicação dos valores de janeiro de 1989 pelos fatores a seguir estipulados, observado, para este efeito, o mês de início do benefício: (...).

A Lei 7.737, 28/02/89, que dispôs sobre o reajuste compensatório dos salários de que trata o art. 5º da Lei 7.730/89, determinou, no art. 1º, que:

Art. 1º Se o valor dos salários calculados conforme estabelecido no art. 5º da Lei 7.730, de 31 de janeiro de 1989, for menor que o valor médio real efetivo de 1988, fica assegurado reajuste compensatório no mês de março de 1989, a ser incorporado em 3 (três) parcelas mensais, iguais e sucessivas.

A partir de abril/89, os benefícios previdenciários passaram a ser reajustados segundo a equivalência estabelecida no art. 58 – ADCT, consoante Portaria/MPAS 4.426, de 08/03/89, *verbis*:

Considerando o disposto no art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; e

Considerando os procedimentos que vêm sendo adotados desde a promulgação da Carta Constitucional, resolve:

1. Determinar a revisão dos valores dos benefícios de prestação continuada em manutenção na data da promulgação da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinha na data de sua concessão.

2. O Instituto Nacional de Previdência Social – INPS e a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social – Dataprev adotarão as medidas necessárias ao cumprimento tempestivo do mencionado artigo, para o que ficam autorizados a efetuar as despesas imprescindíveis, inclusive as referentes a horas extras, até a efetivação da citada revisão.

3. As prestações mensais dos benefícios atualizados de acordo com esta portaria serão devidas e pagas a partir do mês de maio de 1989, relativamente à competência de abril de 1989.

4. Instituir comissão de acompanhamento desse processo, composta pelo presidente do INPS, que a coordenará, o presidente da Dataprev, o secretário de Previdência Social e o Secretário de Estudos Especiais, do Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS.

5. Estabelecer que referida comissão dê conhecimento quinzenal ao ministro de Estado sobre o andamento dos trabalhos.

6. Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

A análise sistemática deste acervo normativo me conduz à conclusão de que, com o advento do Decreto-Lei 2.335, de 12/06/87, os reajustes de todos os benefícios previdenciários, a cargo da Previdência Social, por ênfase pleonástica, ficaram atrelados à variação das URP's, perdendo toda e qualquer referência com o salário mínimo, que passou, igualmente, a sofrer os mesmos efeitos da URP, tal qual aqueles outros elementos.

Acrescento que, na prática e em termos de resultado, a atual redação da Súmula 21 não conduz a absolutamente nada: é inócua e ineficaz. Sua manutenção pode dar a impressão, à primeira vista, de que alguma dela resultará. Apenas impressão, como já demonstrei, porque o efeito da Súmula 260 do TFR ultima com o DL 2.335/87.

De conseqüência, então, não há mais falar, a partir de junho/87 (data do DL 2.335/87) em utilização de índice proporcional nos reajustes dos benefícios previdenciários, nem de adoção do salário mínimo atualizado no cálculo daqueles reajustes, para ensejar a aplicação do enunciado da Súmula 260 do extinto TFR.

Pelo exposto, acolho a proposta da 1ª Turma para revisão parcial da Súmula 21 desta Corte, em ordem a que se estabeleça que a eficácia do critério de reajustamento previsto no enunciado da Súmula 260 do TFR somente se aplica até o advento do Decreto-Lei 2.335, de 12/06/87.

Pelo exposto, voto pelo cancelamento da Súmula 21 e pela edição de nova súmula de teor assemelhado, da seguinte forma:

O critério de revisão previsto na Súmula 260 do Tribunal Federal de Recursos, diverso do estabelecido no art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, perdeu a eficácia a partir do Decreto-Lei 2.335, de 12/06/87.

É como voto.

Voto Vogal na Questão de Ordem

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Sr. Presidente, só considerando que o art. 116, § 3º, exige *quorum* qualificado de 2/3 dos componentes da Seção, excluído o presidente da Seção, e, como 2/3 de oito corresponderiam a 5,4, então teria que haver 6 julgadores presentes, excluído o presidente, e como entendo que o impedido não se conta neste *quorum*, o que significa que só temos 5 juízes aptos a votar além do presidente, entendo que fica impossível prosseguir no julgamento.

Voto Vogal na Questão de Ordem

O juiz que, como procurador da República, deu parecer para o julgamento da AC, não está impedido de participar da votação de “questão de ordem” relativa à interpretação de norma regimental.

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: – Senhor Presidente, relativamente à questão de ordem, a norma regimental exige para o *início do julgamento* (grifei) a composição privilegiado de 2/3 e, ao início do julgamento, estávamos com a composição plenária. Por isso, iniciou-se o julgamento, com o relatório e voto. Ao final do voto é que se deu a ausência do Juiz Carlos Fernando Mathias. Ainda assim, com a devida vênia do Juiz Jirair Meguerian, entendo que, na interpretação do Regimento Interno, a exigência de 2/3 diz respeito aos *componentes da Seção* (grifei), e *não dos votantes* (grifei), e a norma específica do mesmo Regimento diz da exigência do *quorum de votação* (grifei) que é por maioria absoluta: *isso é outra exigência* do Regimento. *Então, são duas coisas tratadas distintamente*. Uma, *quorum* para abertura do julgamento, e outra, *quorum* para a decisão. Como no momento estão presentes 6 juízes, entendo que está atendida a primeira parte da exigência de *quorum* qualificado, com a devida vênia.

Questão de Ordem Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Amilcar Machado: — Entendo da mesma maneira já exposta pelo Juiz Jirair Aram Meguerian. Entendo que não há *quorum*.

Questão de Ordem Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira: — Diante da decisão relativa ao impedimento do Juiz Carlos Eduardo Moreira Alves, entendo que deixa de existir o *quorum*, porque, para a apreciação da questão de mérito, haveria necessidade de *quorum* destinado ao julgamento de uniformização de jurisprudência, que, no caso, seria composto com a presença de 2/3 dos membros da Seção.

Questão de Ordem Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães: — Senhor Presidente, também vou pedir vênia ao eminente Juiz Luciano Tolentino Amaral, mas entendo que, quando o Regimento Interno do Tribunal refere-se a 2/3 dos seus componentes, com a presença deles, refere-se à presença não meramente física, mas à

presença que permita voto efetivo, porque, a assim não se entender, poder-se-ia alterar profundamente a jurisprudência só com a presença de um mínimo de integrantes do órgão fracionário, desde que se tenha maioria absoluta, ainda que não haja os 2/3 exigidos e que até mais de um juiz esteja impedido, ou ausente.

Assim, peço vênia, mas entendo que, efetivamente, os 2/3 regimentais referem-se a juízes aptos a votar.

Voto
2ª Questão de Ordem
Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Senhor Presidente, com a devida vênia, entendo que o Juiz Carlos Moreira Alves (que, quando Procurador da República, deu parecer na AC em comento) não está impedido, porque o *impedimento* é para o julgamento do mérito da questão. Como já havia dito, o parecer do então Procurador Regional da República Moreira Alves é que agitou a questão.

Na questão de ordem, o que está em debate é a *interpretação do Regimento*. E, então, matéria absolutamente diversa. Não vejo óbice jurídico-processual a que S. Exa. vote a “questão de ordem” de interpretação do Regimento nesta assentada. Não está previsto em lugar nenhum o “impedimento” do juiz para apreciar “questão de ordem de interpretação regimental”.

Como a norma, aqui, em discussão, é regimental, não vejo esse impedimento, *data venia*.

Voto
2ª Questão de Ordem

O Exmo. Sr. Des. Federal Amilcar Machado: — Concordo com o Sr. Juiz Carlos Moreira Alves e considero Sua Excelência realmente impedido para o julgamento e, conseqüentemente, para a questão de ordem.

Voto
2ª Questão de Ordem

O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira: — Da mesma forma, considero o Sr. Juiz Carlos Moreira Alves impedido.

Voto
2ª Questão de Ordem
Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira: — A meu ver, o Sr. Juiz Carlos Moreira Alves não está impedido de votar na questão de ordem relativa à composição de *quorum* para a abertura da sessão. Não há impedimento. O impedimento, se houver, está restrito apenas ao julgamento do incidente de uniformização. Entendo assim.

O Exmo. Sr. Des. Federal Amilcar Machado: — *Data venia*, a questão de ordem incide sobre o julgamento, esta seria uma questão.

O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira: — Uma questão depende da outra. Uma questão é saber se existe o *quorum* qualificado de dois terços para a abertura da sessão e a outra é questão de ordem sobre se o Juiz Carlos Moreira Alves poderia participar do julgamento.

O Exmo. Sr. Des. Federal Amilcar Machado: — É isso que estamos decidindo, agora, Sr. Presidente. Agora, com relação à primeira questão de ordem, se há ou não *quorum* qualificado, é a questão de ordem levantada pelo Sr. Juiz Jirair, que foi interrompida pela superveniência dessa nova questão de ordem, se o Juiz Carlos Moreira Alves vota ou não vota, só isso.

O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira: — Também considero o Sr. Juiz Carlos Moreira Alves impedido para participar da sessão de julgamento e proferir voto.

É nesse aspecto...

O Exmo. Sr. Des. Federal Amilcar Machado: — Mas não é isso que está em julgamento, Sr. Presidente. É se ele está impedido para votar na questão de ordem, se há ou não *quorum*.

O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira: — É isso que estou dizendo. Se é para o *quorum* qualificado destinado à abertura da sessão, não vejo impedimento. Há questões relativas ao *quorum*: primeira, *quorum* qualificado e segunda, *quorum* a ser alcançado por maioria absoluta para julgamento. Não vejo impedimento, nesse aspecto, do Sr. Juiz Carlos Moreira Alves para o *quorum* de abertura da sessão. O impedimento de Sua Exa. é tão-só para o julgamento, que pode ser feito pela maioria absoluta, excluindo o Juiz Moreira Alves.

Voto
2ª Questão de Ordem

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães: — Senhor Presidente, o art. 134, inciso II, do CPC dispõe que é defeso, ao juiz, exercer as suas funções no processo contencioso em que funcionou, como órgão do Ministério Público. Entendo, assim, que o eminente Juiz Carlos Moreira Alves está impedido, não só para o julgamento do incidente de revisão de súmula, como também para o julgamento da questão de ordem. A questão de ordem é uma questão preliminar ao julgamento do incidente de revisão. Assim, entendo que Sua Excelência está impedido, tanto para a questão de ordem, como para o julgamento da própria revisão de súmula.

Esclarecimento

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral — Senhor Presidente, permita-me, Juíza Assusete Magalhães, a preocupação de Vossa Excelência está respondida no meu voto. Uma coisa é presença, outra coisa é a votação. Para a votação, é maioria absoluta. A votação é por maioria absoluta, e aqui há votantes que podem dar maioria absoluta. Estou falando em tese “podem”. Posso até ser vencido; quer dizer, se não obtiver a maioria absoluta está rejeitado e há elementos para isso.

O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira — Se Vossa Excelência me permite, interpreto o voto da Juíza Assusete Magalhães no sentido de que ela entende que o *quorum* qualificado de 2/3 deve ser composto por juízes aptos a votar.

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães — É exatamente isso, Senhor Presidente, entendo até que deveríamos alterar o Regimento e excluir essa questão de o presidente não poder votar. Não há por quê.

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral — Ele não está proibido de votar, ele está excluído com o cômputo.

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães — Mas por quê? Não tem sentido.

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral — Há *quorum* aqui suficiente para a votação. Há condições de obter maioria absoluta. De votação há, sim. Ele está excluído para efeito de *quorum* de abertura do julgamento. Quando foi aberto o julgamento, senhor presidente, havia *quorum*.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira — Senhor Presidente, também acompanho o Sr. Juiz Relator, porque diante do texto do Decreto-Lei 2.335/87 a Súmula 21 realmente está, em parte, superada.

Pedido de Vista

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães — Sr. Presidente, foi muito oportuna a intervenção do Juiz Jirair Aram Meguerian, porque a Súmula 260 do TFR originou-se de um julgado de Sua Excelência, quando ele era Juiz Federal no Rio Grande do Sul. Ele proferiu a primeira ou uma das primeiras sentenças sobre essa questão, que chegou ao TFR.

O Exmo Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian — Inclusive minha sentença era contra a segunda parte da súmula e digo, até hoje, como sempre ressalvei, que a segunda parte da Súmula 260, infelizmente, está errada por falta de cálculos matemáticos dos eminentes ministros do TFR, porque eles simplesmente compararam o valor de um benefício de março com o valor de uma salário mínimo de maio, o que está errado. Mas não importa, virou súmula, e eu a apliquei. Mas na segunda parte acabou o decreto-lei embarcando também nesse erro matemático. Agora, a primeira parte da súmula é que me preocupa.

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães — Sr. Presidente, concluo dizendo que não tenho dúvida de que esse termo final de eficácia, fixado na Súmula 21 do TRF-1ª Região, está incorreto. Já havia manifestado, na Turma, minha preocupação quanto a essa questão, porque o juiz de 1º grau julgava corretamente, e nós estávamos reformando a sentença, com base na Súmula 21 do Tribunal. Mas, diante dessa dúvida – que é uma dúvida fundada, e que se viu agora reforçada pelos argumentos dos eminentes Juízes Carlos Moreira Alves e Jirair Aram Meguerian – peço vênia ao Juiz Luciano Amaral – sei da urgência que o caso requer – ,e peço vista dos autos, esclarecendo, desde já, Sr. Presidente, que, como o julgamento desta questão exige *quorum* qualificado, trarei meu voto-vista na próxima sessão da 1ª Seção.

Voto-Vista

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães — A Súmula 260 do TFR – editada em 21/09/88 – buscou reparar dois prejuízos distintos, que eram aplicados aos benefícios previdenciários: o primeiro, consistente na aplicação, sem suporte legal para tal, de índice proporcional – e não integral – do aumento verificado, no primeiro reajuste do benefício; o segundo, consistente na utilização do salário mínimo antigo – e não o vigente à data do reajuste, para enquadramento do benefício nas faixas da política salarial instituídas pelo art. 2º da Lei 6.708/79, que modificou a política salarial.

A referida Súmula 260 do TFR tem como sua referência exatamente o art. 2º da Lei 6.708/79.

A matéria fica bem esclarecida pelo exame dos julgados do extinto TFR, que serviram de referência à edição da aludida Súmula 260 do TFR.

Transcrevo, para tanto, trecho do Voto Condutor do acórdão unânime, proferido pelo eminente Ministro Dias Trindade, na 1ª Turma do TFR, em 21/06/88, como Relator da AC 146.469/SP, utilizada como referência à edição da aludida Súmula:

No que diz respeito ao mérito, duas são as razões que levam os autores a dizer ilegais a determinação da renda mensal dos benefícios e os reajustamentos subseqüentes: a) ausência de previsão legal, para que, ao se fixar a renda mensal, e determinar o seu primeiro reajustamento se adote o critério de fazê-lo em proporção, segundo mais próxima ou mais remotamente for feito o requerimento, em relação à variação do salário mínimo; b) lesão ao direito dos beneficiários, por ocasião dos subseqüentes, por se considerar o fator de variação em relação ao salário mínimo anterior e não ao vigente no momento dos reajustamentos, considerado ainda indevido o expurgo de quaisquer dos indicativos da política salarial, aprovada pelo Decreto-Lei 15, de 29 de julho de 1966, ao comando do art. 67 da Lei 3.708, de 26 de agosto de 1960, com a modificação introduzida pelo Decreto-Lei 66, de 21 de novembro de 1966.

De relação à primeira, não há previsão legal, para a discriminação, que acarreta que segurados, com o mesmo tempo de serviço e com a mesma média do salário de contribuição ou o mesmo salário básico, venham a ter benefícios diferentes, segundo requeridos sejam em meses diferentes, um mais próximo e outro mais distanciado da época em que o salário mínimo tenha sofrido alteração, posto que o que a lei diz importar para a determinação da renda mensal é o salário de benefício, resultante do cálculo da média dos salários de contribuição. Para que tal critério pudesse ser aceito seria necessário que se introduzisse dado de variação mensal, segundo a modificação dos índices mensais de inflação, o que poderia determinar, por igual, que o primeiro reajustamento do benefício levasse em conta a data do início de sua fruição.

No que tange ao segundo tema, nada estava a justificar que os reajustamentos dos benefícios se fizessem com base em indicativo resultante do salário mínimo imediatamente anterior às datas para eles previstas, pois que nenhuma norma assim dispunha, anteriormente à edição do Decreto-Lei 2.171 de 13 de novembro de 1984, que definitivamente, pôs cobro à errada prática da autarquia, pois desajustada da própria legislação previdenciária, jungida que se achava à política salarial decorrente do Decreto-Lei 15/66, antes referido.

Isto posto, voto no sentido de negar provimento à apelação. (trecho do voto condutor do acórdão da AC 146.649/SP, Relator Min. Dias Trindade, 1ª T do TFR, unânime, julgado em 21/06/88, in DJU de 08/08/88)

Também o exame de outro precedente que serviu de referência à edição da

aludida Súmula 260 do TFR deixa claro que a anomalia prevista na segunda parte daquele verbete sumular foi corrigida a partir do Decreto-Lei 2.171, de 13/11/84, como se vê do Voto Condutor do acórdão unânime da 2ª Turma do TFR, proferido na AC 139.967/SP, Relator o ilustre Ministro Fleury Pires, julgada em 17/05/88:

No que tange ao mérito, o recurso não tem como prosperar. *Dois são as questões em debate.*

A primeira questão posta a deslinde diz respeito ao percentual aplicado ao primeiro reajuste do benefício. Estabeleceu o INPS fatores diferenciados para o primeiro reajuste, criando um critério de proporcionalidade, segundo o qual o reajuste inicial dos benefícios deveria ser proporcional ao tempo decorrido entre o mês da concessão e o mês do primeiro reajustamento. Tal critério de proporcionalidade não encontra apoio legal, já que as normas que cuidam da matéria (art. 30 do Decreto 77.077/76; art. 153 do Decreto 83.080/79; art. 1º da Lei 6.708/79), não autorizam a adoção do critério utilizado pelo réu. E isto porque é inadmissível que segurados com salários de contribuição iguais passem a perceber benefícios com valores diversos unicamente porque a data do início do benefício de cada um também é diversa. O início do pagamento do benefício não pode alterar os aumentos futuros. Nesse sentido, aliás, é pacífica a jurisprudência desta Corte. Dentre dezenas de arestos, confirmam-se os seguintes julgados:

“Ementa: Previdência Social. Proventos. Reajuste. Cálculo. O cálculo do reajuste dos proventos de aposentadoria previdenciária, fixada esta com base no valor de referência, não pode sofrer redução, resultante de critérios administrativos, se não autorizado em comando de natureza legislativa, principalmente para estabelecer distinção entre situações iguais. Sentença confirmada.” (AC 109.765/RS, 2ª Turma, Relator Ministro William Patterson, unânime, *in DJU* de 17/04/86, p. 5.861).

“Ementa: Previdenciário. Proventos. Reajuste. Proporcionalidade. Fixado o valor do benefício com base no salário-contribuição, é incabível qualquer redução dos proventos, no primeiro reajuste, efetivada à conta de critérios que discriminem situações fáticas idênticas, em função da diversidade do mês de aposentação do segurado.” (AC 109.693/RS, Relator Ministro José Dantas, *in DJU* de 10/04/86, p. 5.267).

“Ementa: Previdência Social e Processo Civil. Legitimidade passiva. Como o ato concreto proveio da autarquia, é o instituto parte legítima no pólo passivo. Aposentadoria. Proporcionalidade. Não se pode reduzir o valor dos proventos ‘em função apenas da diversidade do mês de aposentação do segurado’ (AC 104.126). Inexistência de contrariedade ao art. 165, parágrafo único, da Constituição Federal. Apelação desprovida.” (AC 100.619/RS, Relator Ministro Nilson Naves, *in DJU* de 10/04/86, p. 5.258).

“Ementa: Previdência Social. Aposentadoria. Reajuste de proventos. I. Não tem fundamento legal o critério pelo qual o INPS, no primeiro reajuste de proventos, toma por base não o índice integral da política salarial, mas outro proporcional ao número de meses em que o segurado está na inatividade.

II. Precedentes.” (AC 103.828/RS, Relator Ministro Costa Lima, *in DJU* de 20/03/86, p. 3.855).

Assim sendo, o primeiro reajuste do benefício não pode ocorrer com redução, mas deve ser efetivado com o índice integral de reajustamento, com reflexos nos posteriores reajustes.

A segunda diz respeito ao escalonamento previsto na Lei 6.708/79, que estabeleceu correção automática dos benefícios previdenciários (art. 2º). Os fatores de reajustamento estabelecidos na norma citada foram aplicados sobre o salário mínimo anterior ao mês-base do reajustamento. Todavia, o que a Lei 6.708/79, art. 2º, estabeleceu, foi o escalonamento em faixas salariais e de benefícios, tomando por base o salário mínimo vigente no mês-base de reajustamento (maio e novembro) e não, como entendeu o INPS, o salário mínimo vigente no mês anterior. Embora tal conclusão não esteja expressa no texto legal, outra não pode ser a solução em face do mesmo texto. Em primeiro lugar, porque o percentual escalonado na lei citada, à base do salário mínimo, é verdadeiro reajuste, atualização, correção de valores que só pode ser entendida em face dos elementos de formação vigentes no momento em que se faz o reajuste. Se o reajustamento, na forma da lei, é realizado em momento posterior à vigência do novo salário mínimo, não tem justificativa o estabelecimento de faixas tomando-se como base o valor do salário mínimo anterior. Esse é o exato sentido da Lei 6.708/79. Em segundo lugar, porque o legislador, verificando que o entendimento do órgão previdenciário não correspondia ao objetivo legal, editou o Decreto-Lei 2.171, de 13/11/84 que, no §1º do art. 2º, estipulou expressamente que “para fins de enquadramento do valor de benefício nas faixas adotadas pela política salarial, será considerado, a partir da vigência do presente decreto-lei, o novo salário mínimo”. Conquanto esse decreto-lei tivesse estipulado que o critério seria “a partir da vigência do presente decreto-lei”, esse critério já se continha, indubitavelmente, na Lei 6.708/79. Assim, no período de novembro de 1979 até maio de 1984, os reajustes dos benefícios, efetuados pelo INPS, tomando como base de escalonamento de faixas o salário mínimo anterior ao mês de reajustamento, o foram ilegalmente, eis que, na forma da Lei 6.708/79, teria que ser levado em consideração o salário mínimo novo, isto é, vigente nos meses de reajustamento (maio e novembro). Por conseguinte, merece prosperar a pretensão de revisão de benefício previdenciário com o escalonamento definido pela Lei 6.708/79 tomando-se por base os salários mínimos vigentes nos meses em que ocorreram os reajustamentos, até a vigência do Decreto-Lei 2.171/84, já que posteriormente esse critério foi obedecido.

Nesse sentido, igualmente pacífica jurisprudência deste Tribunal (AC 132.807/SC, 1ª Turma, Relator Ministro Costa Leite, AC 137.361/RS, 1ª Turma, Relator Ministro Dias Trindade).

Em face do exposto, nego provimento à apelação.

O respectivo acórdão ficou assim ementado:

Previdência social. Benefícios. Reajuste de proventos.

1. Ilegalidade do critério estabelecido pelo INPS para o primeiro reajuste dos benefícios, ao deixar de aplicar o índice integral de aumento então concedido, fazendo-o proporcionalmente em função dos meses decorridos desde a concessão inicial do benefício.

2. Na vigência da Lei 6.708/79 o enquadramento da renda mensal do benefício nas faixas da política salarial deve ser feito considerando-se o salário mínimo vigente por ocasião dos reajustamentos e não o anterior. (AC 139.967/SP, Rel. Min. Fleury Pires, 2ª T do TFR, unânime, julgado em 17/05/88, *in DJU* de 08/08/88)

Com efeito, embora o Decreto-Lei 2.045, de 13/07/83, tenha abolido as faixas da política salarial, no período de 1º/08/83 a 31/07/85, assim dispôs o Decreto-Lei 2.171, de 13/11/84 – em vigor a contar da data de sua publicação, mas com efeitos retroativos a 1º/11/84 – *in verbis*:

Art. 1º – O reajuste dos benefícios de média ou longa duração a cargo da Previdência Social far-se-á sempre que for alterado o salário mínimo, sendo devido a contar da data em que este entrar em vigor.

Art. 2º – *Os índices do reajustamento serão os mesmos da política salarial, considerando-se como mês básico o do início da vigência do novo salário mínimo.*

§1º – *Para fins do enquadramento do valor do benefício nas faixas adotadas pela política salarial será considerado, a partir da vigência ao presente decreto-lei, o novo salário mínimo.*

§2º – Consideradas as possibilidades financeiras do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – Sinpas, notadamente a evolução da folha de salários-de-contribuição dos segurados ativos, o ministro da Previdência e Assistência Social poderá fixar índices superiores aos previstos neste artigo, levando em consideração a faixa percentual destinada à livre renegociação entre empregados e empregadores.

Art. 4º – Este decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação, *retroagindo seus efeitos a 1º de novembro de 1984.*

Com fundamento expresso no aludido Decreto-Lei 2.171/84 foi editada a Portaria MPAS 1.897, de 14/11/84 (que manteve, entretanto, a aplicação de índice proporcional no primeiro reajuste do benefício – item 2 da Portaria MPAS 1.897, de 14/11/84).

Posteriormente, a Lei 7.604, de 26/05/87 – que dispôs sobre a atualização dos benefícios da Previdência Social, a partir de 1º/04/87 e deu outras providências – acabou por confessar e admitir, em seu art. 2º, o erro que a segunda parte da Súmula 260 do TFR visou reparar. Determinou aquela lei a reparação do prejuízo sofrido pelos segurados, no período de novembro de 1979 a maio de 1984, pelo errado enquadramento nas faixas da política salarial, mas a reparação foi apenas parcial, já que o art. 11 da aludida lei determinou que os efeitos financeiros seriam

devidos tão-somente a partir de 1º de abril de 1987, sem o ressarcimento pretérito.

Art. 2º – Os benefícios de duração continuada, corrigidos segundo a política salarial e mantidos atualmente pela Previdência Social Urbana, *serão, a partir de 1º de abril de 1987, pagos com a atualização prevista no art. 2º do Decreto-Lei 2.171, de 13 de novembro de 1984, alcançando essa atualização, total ou parcialmente, o período de novembro de 1979 a maio de 1984, conforme o segurado tenha usufruído o benefício durante todo o período ou parte dele.*

Art. 10 – O ministro de Estado da Previdência e Assistência Social expedirá instruções para a execução desta lei.

Art. 11 – Os efeitos financeiros desta lei são devidos a partir de 1º de abril de 1987. (Arts. 2º, 10 e 11 da Lei 7.604, de 26/05/87)

A Lei 7.604/87, de 26/05/87, foi regulamentada pela Portaria MPAS 4.034, de 19/06/87, que dispôs sobre o regulamento dos benefícios previdenciários em geral, a partir de 1º/01/87, fazendo expressa remissão aos arts. 1º, 10 e 11 da referida Lei 7.604, de 26/05/87.

Já o art. 2º da aludida Lei 7.604, de 26/05/87 – que mais nos interessa, no particular, em face da segunda parte da Súmula 260 do TFR – foi regulamentado pela Portaria MPAS 4.039, de 25/06/87, que, fazendo expressa remissão ao art. 2º do Decreto-Lei 2.171, de 13/11/84, e aos arts. 2º, 10 e 11 da Lei 7.604, de 26/05/87, fixou prazo, até julho de 1987, para que fosse efetuado o pagamento das diferenças decorrentes da aplicação do aludido art. 2º da Lei 7.604/87, porventura devidos a partir de 1º/04/87, *in verbis*:

O ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, no uso de suas atribuições, e

Considerando o disposto no Decreto 83.080, de 24 de janeiro de 1979;

Considerando o disposto no art. 2º do Decreto-Lei 2.171, de 13 de novembro de 1984;

Considerando o disposto nos arts. 2º, 10 e 11 da Lei 7.604, de 26 de maio de 1987, resolve:

Art. 1º – *A partir de 1º de abril de 1987, os benefícios de prestação continuada da Previdência Social Urbana, em manutenção em 31 de março de 1987, já reajustados pela política salarial, no período de novembro de 1979 até maio de 1984, serão atualizados segundo os mesmos índices da política salarial, considerando-se para fins do enquadramento o início da vigência do novo salário mínimo.*

Art. 2º – O INPS e a Dataprev adotarão as providências necessárias para a efetivação do pagamento das diferenças, porventura existentes, até o próximo mês de julho.

Art. 3º – Esta portaria entrará em vigor na data de sua publicação. (Portaria MPAS 4.039, de 25/06/87)

Entendo, pois, que a segunda parte da Súmula 260 do TFR não mais se aplica *a partir de 1º/11/84*, data da retroação dos efeitos do Decreto-Lei 2.171, de 13/11/84.

Quanto à primeira parte da Súmula 260 do TFR – como asseverou o eminente Relator – não há dúvida de que, com o Decreto-Lei 2.335, de 12/06/87 – que dispôs sobre o congelamento de preços e aluguéis, reajustes mensais de salários e vencimentos, instituiu a Unidade de Referência de Preços – URP e deu outras providências – ela não mais poderia subsistir, na prática, em face do disposto no seu art. 8º, quando assegurou “aos trabalhadores, a título de antecipação, o reajuste *mensal* dos salários, inclusive do salário mínimo, pensões, proventos e remunerações em geral, em proporção idêntica à variação da Unidade de Referência de Preços – URP, excetuado o mês da data-base”, política salarial que ensejou a edição das portarias ministeriais invocadas pelo ilustre Relator.

Examinando, porém, as inúmeras leis que regularam a política salarial, até onde me foi possível verificar, percebi que, anteriormente ao Decreto 2.335, de 12/06/87, a política salarial fora alterada pelo Decreto-Lei 2.284, de 10/03/86, que, em seu art. 21, dispôs que “os salários, vencimentos, soldos, pensões, proventos de aposentadoria e remunerações serão reajustados automaticamente pela variação acumulada do IPC, toda vez que tal acumulação atingir 20% (vinte por cento) a partir da primeira negociação, dissídio ou data-base de reajuste”, sendo o reajuste automático considerado antecipação salarial.

Art. 21 – Os salários, vencimentos, soldos, pensões, proventos de aposentadoria e remunerações serão reajustados automaticamente pela variação acumulada do IPC, toda vez que tal acumulação atingir 20% (vinte por cento) a partir da data da primeira negociação, dissídio ou data-base de reajuste. O reajuste automático será considerado antecipação salarial.

Posteriormente, o Decreto-Lei 2.302, de 21/11/86 – que veio a ser revogado pelo DL 2.335, de 12/06/87 – explicitou o assunto, em seu art. 1º:

Art. 1º – Os salários, vencimentos, soldos, pensões, proventos de aposentadoria e remunerações serão reajustados, automaticamente, pela variação acumulada do IPC, toda vez que tal acumulação atingir 20% (vinte por cento), no curso do período de 12 (doze) meses, contados a partir da última data-base ocorrida após 28 de fevereiro de 1986.

Parágrafo único. O reajuste, de que trata este artigo, não excederá a 20% (vinte por cento), ainda que a variação acumulada do IPC, no período fixado, supere esse percentual, hipótese em que o excedente será computado nos cálculos subsequentes.

Art. 2º – Completado o período a que se refere o art. 1º e não atingida a acumulação de 20% (vinte por cento), far-se-á, na data-base, a revisão dos salários de acordo com os índices atingidos até essa ocasião, observado o disposto pelo art. 20, parágrafo único, do Decreto-Lei 2.284, de 10 de março de 1986.

Em face do Decreto-Lei 2.284, de 10/03/86 – que instituiu o cruzado, como unidade do sistema monetário brasileiro e alterou a política salarial, no seu art. 21 – foram editadas as Portarias MPAS 3.720, de 04/04/86, e 3.919, de 21/01/87.

A Portaria MPAS 3.919, de 21/01/87, já aplicou, aos benefícios da Previdência Social, a nova política salarial prevista no art. 21 do DL 2.284/86, utilizando alíquota de reajuste de 20% (vinte por cento) sobre os benefícios, a partir de 1º/01/87, considerando que o IBGE divulgara a variação do INPC, no período de março de 1986 a dezembro de 1986, em percentual de 22,15%:

O ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, no uso de suas atribuições, e

Considerando que o disposto no art. 21 do Decreto-Lei 2.284, de 10 de março de 1986; e

Considerando que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE divulgou a taxa oficial de variação do INPC no período de março de 1986 a dezembro de 1986, de 22,15% (vinte e dois vírgula quinze por cento), resolve:

Art. 1º O Instituto Nacional de Previdência Social – INPS deverá promover imediatamente a atualização dos valores dos benefícios de duração continuada da Previdência Social, mediante a aplicação da alíquota de reajuste de 20% (vinte por cento), com vigência a partir de 11 de janeiro de 1987;

Art. 2º Determinar ao Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, ao Instituto de Administração Financeira da Previdência Social – Iapas e à Dataprev – Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social que preparem e emitam, respectivamente, os carnês especiais destinados ao pagamento da diferença resultante desse reajuste no prazo de urgência que a medida recomenda.

Entendo, pois, até onde me foi possível apurar, que a primeira parte da aludida súmula não mais poderia incidir, na prática, a partir do Decreto-Lei 2.284, de 10/03/86, em face do disposto no seu art. 21 e da aludida Portaria MPAS 3.919, de 21/01/87.

Lembro, entretanto, que tal critério de aplicação de reajuste proporcional, no primeiro reajustamento do benefício, passou a ser expressamente permitido pela Lei 7.787, de 30/06/89, para os benefícios concedidos a partir de 06/10/88 (art. 15, I, *in fine*) e pelo art. 41, II, da Lei 8.213/91.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian — Acompanho o Relator, sugerindo apenas pequena alteração no texto da nova súmula para que não parem dúvidas sobre a aplicabilidade da Súmula 260/TFR em relação aos benefícios concedidos antes de junho de 1987, uma vez que tal aplicação gera reflexos até a execução do disposto no art. 58 do ADCT/88, com termo inicial previsto no seu parágrafo único, já que não há nenhum estudo/levantamento sobre a existência ou não de algum feito referente à época em questão, ainda tramitando pela Primeira Região.

O critério de revisão previsto na Súmula 260 do Tribunal Federal de Recursos, diverso do estabelecido no art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, perdeu a eficácia em relação aos benefícios concedidos após a vigência do Decreto-Lei 2.335, de 12 de junho de 1987.

É como voto.

Questão de Ordem

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian — Vou colocar uma questão de ordem, porque não há ninguém aguardando votação, em virtude da alteração regimental, uma vez que não há mais a vaga do Desembargador Carlos Fernando Mathias.

Acórdãos Inteiros Teores

Corte Especial

Conflito de Competência

2001.01.00.020216-8/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Autor: Ministério Público Federal

Procurador: Dr. Brasilino Pereira dos Santos

Réu: Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais – IPSM

Advogados: Dr. Arildo Ricardo e outros

Réu:	SRM – Participações Empresariais Ltda.
Advogados:	Dr. Évio Marcos Ciliao e outro
Réu:	Geraldo Dalcanale
Advogado:	Dr. João Leal Junior
Réu:	Ibex – Consultoria Internacional Ltda.
Advogados:	Dr. Ernanes Crispim e outros
Réu:	Banco Comercial Bancesa S/A
Advogados:	Dr. João Afrânio Montenegro e outros
Réu:	Diplomata Turismo Ltda.
Advogados:	Dr. Anísio Batista Madureira e outro
Réu:	Jader Fontenelle Barbalho
Advogado:	Dr. Diniz Justiniano de Santanna
Réu:	Íris Rezende Machado
Advogados:	Dr. João Eduardo de Drumond Verano e outros
Réu:	Antônio César Pinho Brasil
Advogados:	Dr. Paulo Souza e Silva
Réu:	Ronaldo Barata
Advogado:	Dr. Ronaldo Barata
Réus:	Valdir Ganzer e outros
Advogados:	Dr. Luiz Carlos Bettiol e outros
Suscitante:	O Exmo. Sr. Des. Federal da 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Suscitado:	O Exmo. Sr. Des. Federal da 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Publicação:	DJ 2 de 25/05/05

Ementa

Conflito de competência entre Seções do Tribunal. Matéria de fundo: ação popular com similitude de resultado ao da “improbidade administrativa” (reposição de dano ao erário). Aplicação do § 5º do art. 8º do RITRF1. Competência da 2ª Seção.

I. Se a discussão objeto da temática de fundo da ação diz com a anulação ou anulabilidade de ato administrativo, a competência em razão da matéria deve ser estabelecida pela temática de fundo da ação, nos exatos termos do art. 8º, § 5º, do RITRF1.

II. Embora possuindo a ação popular disciplina e objeto diverso da ação de improbidade administrativa, quando aquela (ação popular) é intentada com o objetivo único de reparação do dano causado por possível desvio de conduta com

ambiência de improbidade administrativa, elas assemelham-se, ainda que a ação popular, anciã e mais abrangente, e a ação de improbidade, moderna e mais próxima da ação penal, porque o resultado útil coincide, a reposição de valores.

III. Nessa conjuntura, a ação popular não está adstrita ao ato administrativo genérico, mas ao ato administrativo advindo de prática tida por ímproba, o que leva à aplicação do § 5º do art. 8º do RITRF1 para definição da competência (matéria de fundo).

IV. Conflito de competência de que se conhece para declarar competente a 2ª Seção.

V. Peças liberadas pelo Relator em 05/05/05 para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a Corte Especial conhecer do conflito para declarar competente a 2ª Seção por maioria.

Corte Especial do TRF-1ª Região – 05/05/05.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Por agravo protocolizado em 10/04/01, o Ministério Público Federal pediu a reforma da decisão (fls. 26/30) datada de 28/02/01, do MM. Juiz Federal João Luiz de Sousa, que, nos autos da Ação Popular 93.00.08452-6, ajuizada por Valdir Ganzer, Vladimir Palmeira e Jaques Wagner contra Jader Fontenelle Barbalho, Iris Rezende Machado e Antônio César Pino Brasil, depois de deferida a liminar (fls. 159/60) suspensão do resgate dos TDA's emitidos no período em que os réus ocuparam o cargo de Ministro da Agricultura e Desenvolvimento Agrário, acolhendo petições de SRM – Participações Empresariais Ltda. (fls. 174/5), Geraldo Dalcanale (fls. 181/2), Banco Comercial Bancesa S/A (fls. 183/5), Diplomata Turismo (fls. 186), Ibex – Consultoria Internacional Ltda. (fls. 187/8), Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais – IPSM para levantamento de TDA's e evocando MS impetrado nesta Corte para liberação de TDA's, impetrado contra a liminar deferida na ação popular, cujo julgamento (com trânsito em julgado) limitou a suspensão do resgate apenas aos TDA's emitidos em complementação às aquisições de terras e/ou desapropriações, lhes deferiu o resgate dos TDA's que não foram emitidos em complementação à avaliação.

O Ag 2001.01.00.020216-8/DF foi originariamente distribuído, em 16/04/01

ao Des. Federal Mário César Ribeiro, à época integrante da 4ª Turma/2ª Seção. Em 1º/10/03, por força das novas competências da Corte, o processo foi redistribuído ao Des. Federal Cândido Ribeiro, integrante da 3ª Turma/2ª Seção, que, por decisão datada de 20/04/04, declinou da competência para uma das Turmas que compõem a 3ª Seção, ao entendimento de que a matéria de fundo discutida nos autos, ação popular para anulação de TDA's emitidos com irregularidades, é matéria que se insere na competência do art. 8º, § 3º, do RITRF1.

Redistribuídos os autos em 27/03/04 à Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, integrante da 6ª Turma/3ª Seção. Por decisão (fls. 350) datada de 1º/12/04, o MM. Juiz Federal João Carlos Costa Mayer Soares (convocado), ao invés de suscitar conflito, devolveu os autos para a 2ª Seção, ao entendimento de que a matéria de fundo, porque trata de irregularidades na emissão de TDA's em processos expropriatórios, tem sua competência definida no art. 8º, § 2º, inciso III, do RITRF1.

Retornando os autos em 18/01/05 ao Des. Federal Cândido Ribeiro, integrante da 3ª Turma/2ª Seção, S. Exa. suscita conflito negativo de competência (fls. 353/5):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal, da decisão que, nos autos da ação popular que menciona, deferiu o desbloqueio e levantamento de títulos da dívida agrária – TDA's em favor de SRM – Participações Empresariais Ltda., IPSM – Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais, Geraldo Dalcanale, Ibex – Consultoria Internacional Ltda., Banco Comercial Bancesa S/A e Diplomata Turismo Ltda.

Afirma o agravante que a ação popular foi ajuizada visando à condenação dos réus ao pagamento dos prejuízos causados pela emissão de títulos da dívida agrária com várias irregularidades nos processos expropriatórios, nos termos da denúncia levada ao Tribunal de Contas da União e auditoria realizada por técnicos daquela Corte.

Inicialmente foi o feito classificado como desapropriação e distribuído ao Desembargador Federal Mário César Ribeiro, que deferiu o pedido de efeito suspensivo.

Vieram-me os autos redistribuídos, oportunidade na qual declinei da competência para o julgamento em favor de uma das Turmas da egrégia Terceira Seção, ao fundamento de que se tratava de questão relativa à matéria de Direito Administrativo e não de desapropriação (fls. 344).

O Relator convocado, Juiz João Carlos Costa Mayer Soares, entendeu que, como a matéria de fundo diz respeito à desapropriação, a competência seria da egrégia Segunda Seção (fls. 350).

Com a devida vênia, por manter meu entendimento no sentido de que a questão ventilada na ação popular é tipicamente de Direito Administrativo,

dada a própria natureza da ação, que se presta à anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, sendo irrelevante a questão de fundo para fins de competência.

Assim sendo, suscito o presente conflito negativo perante a Corte Especial, com fulcro no disposto no art. 235 do Regimento Interno, a fim de que se declare a competência da colenda Terceira Seção para o julgamento do feito, por se tratar de Turma especializada em Direito Administrativo.

A PRR (fls. 389/90) opina pelo conhecimento do conflito, declarando-se competente o suscitante (3ª Turma/2ª Seção), ao entendimento de que a matéria de fundo, anulação de TDA's emitidos em processo expropriatório" define a competência da 2ª Seção.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Esta a matéria de fundo tratada na ação popular:

3. Em agosto de 1988 o Tribunal de Contas da União foi provocado para averiguar denúncia apresentada pelo Partido dos Trabalhadores (....), que apontava uma série de irregularidades praticadas pelos srs. Jáder Fontenelle Barbalho e Íris Resende Machado, no exercício do cargo de Ministro de Estado do Desenvolvimento e Reforma Agrária (em caráter efetivo ou interino), nos processos de desapropriação ou aquisição, mediante compra e venda de terras, sob a justificativa que seriam utilizadas no assentamento de trabalhadores rurais.

(....)

6. As irregularidades podem ser resumidas brevemente à ausência de avaliação; complementação de títulos após a lavratura de escrituras; diferença substancial entre os preços das avaliações e os preços pagos em TDA's e aquisição de terras impróprias para agropecuária.

(....)

31. Vê-se, por isso, que o real intento dos acionados não era resolver os conflitos possessórios ali existentes. Essa era apenas “cortina de fumaça” para tentar justificar o negócio e viabilizar a negociata entre eles e seus apa-

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, Souza Prudente, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Maria do Carmo Cardoso, Carlos Fernando Mathias e os Exmos. Srs. Des. Federais convocados para compor o *quorum* José Amílcar Machado, Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Leomar Barros Amorim de Sousa e Neuza Maria Alves da Silva. Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto, Catão Alves, Assusete Magalhães, Olindo Menezes, Mário César Ribeiro, Carlos Olavo, João Batista Moreira, Selene Maria de Almeida e Fagundes de Deus.

drinhados.

O pedido da ação popular está assim:

80. Por todos os fatos anteriormente descritos e outros que poderão vir à tona no curso do processo, com a análise da documentação anexada e da que Vossa Excelência deverá requisitar, evidencia-se a procedência da ação, assumindo os autores, na condição de cidadãos no exercício do mandato parlamentar federal, a responsabilidade pela preservação do bem comum.

81. Isto posto, requerem os proponentes da presente ação:

a) seja determinada sua procedência;

b) a suspensão por medida liminar do resgate dos títulos da dívida agrária emitidos no período em que o sr. Jader Barbalho ocupou o cargo de Ministro da Agricultura e Desenvolvimento Agrário, em especial os títulos emitidos para pagamento das indenizações do domínio útil das áreas integrantes do Polígono dos Castanhais no sul do Estado do Pará, conforme relacionado no documento 1, p. 139, em anexo, bem como a utilização nas hipóteses do art. 105 da Lei 4.504/65 e das resoluções CD/PND 5, 6, e 7 da Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização e demais normas relativas ao PND.

c) (...)

f) a condenação dos suplicados ao pagamento dos valores apurados, consequência dos atos lesivos, mediante reposição aos cofres públicos, na medida exata da lesão causada.

(...)

A ação popular tem sua disciplina na Lei 4.717, de 29/06/65, que, em seu art. 1º textualiza:

Art. 1º. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos....

Vê-se que a ação popular tem como fim único a anulação ou a declaração de nulidade de ato administrativo.

Não há qualquer relação direta, de causa e efeito, ou mesmo de identidade, em relação à emissão dos TDA's, cuja validade não se discute nem se trata de qualquer vício formal na sua emissão.

O ato administrativo atacado diz com a lesão aos cofres públicos, esta sim a matéria de fundo objeto da ação popular, que busca a reposição ao erário de valores desviados.

A ação popular, por sua similitude, no caso, tem os mesmos contornos da

ação de improbidade administrativa, que tem sua disciplina na Lei 8.429, de 02/06/92, que, em seu art. 10 dispõe:

art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I. (...)

V. permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado.

Vê-se, então, que o resultado buscado na ação popular tem os mesmos efeitos que se intentada a ação de improbidade administrativa, o que as torna “primas”. Vale dizer, alcançam os mesmos objetivos reclamados pela sociedade. Sem que se perca de vista, por certo, que a ação popular é anciã e mais abrangente, sendo a ação de improbidade administrativa moderna e mais próxima da ação penal.

À 2ª Seção compete o processamento e julgamento dos feitos que tratem de improbidade administrativa:

Art. 6º. Há no Tribunal, estabelecidas em razão da matéria, quatro áreas de especialização, a saber:

I. benefícios previdenciários e serviços públicos;

II. penal, improbidade administrativa e desapropriação;

III. *administrativo*, civil e comercial

IV. tributário, financeiro e conselhos fiscais.

A ação que trata da anulação do ato administrativo, nos exatos termos do § 5º do art. 8º do RITRF, tem sua competência definida em razão da matéria de fundo:

Art. 8º (...)

§ 5º Os feitos relativos à nulidade e anulabilidade de atos administrativos serão de competência da Seção cuja área de especialização esteja afeta a matéria de fundo.

Como a matéria de fundo converge para a improbidade administrativa, aplica-se o § 5º do art. 8º do RITRF1 para fixar a competência da 2ª Seção.

Pelo exposto, conheço do conflito para declarar competente o suscitante, 2ª Seção/3ª Turma desta Corte.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, também acompanho e acrescento ainda que, além dos aspectos da improbidade, há relação também com a desapropriação, que é da 2ª Seção.

Primeira Seção

Embargos Infringentes na Apelação Cível

1997.01.00.024857-7/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves
Embargantes: Carlos Alberto Guedes Júnior e outros
Advogados: Dr. Marconi Medeiros Marques de Oliveira e outro
Embargada: União Federal
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Publicação: DJ 2 de 03/05/05

Ementa

Embargos infringentes. Função gratificada de auxiliar especializado (motorista). Ato Regimental 85/89 – TRF-1ª Região. Extensão, a pretexto de isonomia, a titulares de cargo de agente de segurança judiciária que para ela não foram designados. Inadmissibilidade.

I. A gratificação pelo exercício da função de auxiliar especializado (motorista) somente é devida aos servidores que para ela foram designados e a exerceram, sendo inadmissível sua extensão, sob fundamento, sequer comprovado em seu pressuposto, de isonomia.

II. Se não é dado ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, majorar vencimentos de servidor público a pretexto de isonomia, por identidade de razão lhe é defeso estender gratificação, pelo exercício de função, a funcionários que não a exerceram.

III. Embargos rejeitados.

Acórdão

Decide a Primeira Seção, por unanimidade, rejeitar os embargos infringentes, nos termos do voto do Senhor Relator.

1ª Seção do TRF-1ª Região – 19/04/05.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Carlos Alberto Guedes Júnior e outros titulares de cargo de agente de segurança judiciária quando da propositura da ação, hoje técnicos judiciários desta Corte Regional, área Serviços Gerais, especialidade Segurança e Transporte, opõem embargos infringentes a venerando acórdão da Segunda Turma, para o qual designada Relatora a insigne Des. Federal Assusete Magalhães, cujos fundamentos restaram sintetizados na seguinte ementa:

Constitucional e Administrativo. Agentes de segurança judiciária. Exercício de função gratificada de auxiliar especializado. Necessidade de designação para o seu exercício, obedecida a tabela numérica de lotação das funções gratificadas. Arts. 2º e 3º do Ato Regulamentar TRF/1ª Região 85/89 – anexos da Resolução 11/92-TRF/1ª Região. Inexistência de ofensa ao art. 39, § 1º, da CF/88 (redação anterior à EC 19/98) – Súmula 339 do STF.

I – As funções gratificadas, previstas no Ato Regulamentar 85/89 do TRF/1ª Região, foram criadas em número certo e determinado, de acordo com a tabela numérica de lotação das funções, e o seu provimento depende de designação do presidente do Tribunal (arts. 2º e 3º do Ato Regulamentar 85/89), e, em assim ocorrendo, fica o servidor submetido ao regime de integral dedicação ao serviço, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração, independentemente da jornada diária de trabalho do órgão, conforme disposto no § 1º do art. 19 da Lei 8.112/90. O mesmo ocorreu com a Resolução 11/92 – TRF/1ª Região.

II – Assim, o só fato de os autores integrarem o cargo efetivo de agente de segurança judiciária do Tribunal não lhes confere o direito à percepção da função gratificada de auxiliar especializado.

III – Inexiste ofensa ao princípio da isonomia, inserto no art. 39, § 1º, da CF/88 (na redação anterior à EC 19/98), porquanto o preceito constitucional refere-se a cargos públicos, enquanto pleiteiam os autores a percepção de gratificação concernente ao exercício da função de auxiliar especializado – função exercida apenas pelos paradigmas e para a qual não foram os autores designados.

IV – Ademais, a função gratificada, relativa à natureza do trabalho executado, está excepcionada pelo art. 39, § 1º, *in fine*, da CF/88, na redação anterior à EC 19/98, e não integra os vencimentos, mas a remuneração, tal como previsto no art. 1º, II e III, da Lei 8.852/94 – que dispôs sobre a aplicação do aludido art. 39, § 1º, da CF/88.

V – “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.”

(Súmula 339 do STF)

VI – Apelação improvida (fls. 230).

Pedindo prevalência do douto voto vencido, do eminente Des. Federal Carlos Fernando Mathias, afirmam os embargantes, em síntese, haver o aresto embargado feito tábula rasa do postulado constitucional da isonomia, porquanto ocupavam o cargo de agente de segurança judiciária e desempenhavam, de fato e por força de lei, as funções de transporte e segurança, inclusive de autoridades, bem como serviços externos ordenados por seus superiores hierárquicos, encontrando-se lotados no mesmo setor dos paradigmas, assim na Seção de Transportes da Divisão de Serviços Gerais. Ponderam que, ao instituir a função de auxiliar especializado (motorista) em número certo e, por conseguinte, excluí-los da incidência da vantagem, o Ato Regulamentar 85/89 discriminou, de forma absolutamente incompatível com a ordem constitucional, servidores detentores de idêntico *status* jurídico, razão por que, se a gratificação era devida em virtude do exercício de atividades comuns a todos e se confundiam com as próprias atribuições do cargo público de provimento efetivo, haveria de ser paga a todos indistintamente. Afirmam incontroversa a execução das tarefas de transporte e segurança pessoal de magistrados e do diretor-geral, demonstrada jornada de trabalho idêntica à dos paradigmas, a deixar evidente a inexistência de justificativa para a discriminação no pagamento da vantagem em questão, destituída de caráter individual e sem dizer respeito à natureza ou ao local do trabalho. Argumentam, por fim, absolutamente inexistente, falso e inidôneo o critério eleito como elemento discriminador, assim a execução de tarefas de transporte e segurança pessoal dos juízes e do diretor-geral, bem como de serviços externos determinados pelos superiores, asseverando ter a gratificação a natureza jurídica de vencimento, por representar, em última análise, retribuição pecuniária relativa ao exercício de tarefas inseridas no feixe de atribuições dos cargos públicos exercidos.

Impugnação ao recurso a fls. 258/260.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Assinala o voto-vista da ilustre Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Relatora designada para a lavratura do acórdão embargado:

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais José Amilcar Machado, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira e Antônio Sávio de Oliveira Chaves. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Mário César Ribeiro, Jirair Aram Meguerian e Neuza Maria Alves da Silva.

Pretendem os autores, agentes de segurança judiciária, classe A, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, lotados na Divisão de Segurança, Vigilância e Transporte, a percepção, desde agosto de 1989, da Gratificação de Representação de Gabinete, instituída pelo Ato Regimental 85, de 30 de maio de 1989, ao fundamento de que os servidores paradigmas indicados a fls. 4, agentes de segurança classe A, que exercem a mesma função dos autores, recebem a aludida gratificação.

Como se vê dos autos, os autores são agentes de segurança judiciária desta Corte – à exceção do requerente Nivaldo Almeida do Nascimento, que ocupou o aludido cargo até 29/03/95, quando foi desligado do Tribunal.

A Lei 7.727, de 9 de janeiro de 1989, dispôs sobre a composição inicial e criou o quadro de pessoal dos Tribunais Regionais Federais.

Fundamentado no art. 96, I, *b*, da Constituição Federal – que estabelece competir privativamente aos tribunais a organização de suas secretarias e serviços auxiliares – a Presidência do TRF/1ª Região editou o Ato Regulamentar 85, de 30 de maio de 1989.

O Ato Regulamentar 85/89 estabeleceu, *in verbis*:

“Art. 1º – Fica instituída a Tabela de Representação de Gabinete no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na conformidade do Anexo I deste ato.

§ 1º – Os valores das indenizações das funções de que trata este artigo são as constantes do Anexo I deste ato regulamentar.

§ 2º – Na designação para o exercício das funções constantes na Tabela de Representação de Gabinete do Tribunal serão observadas as correlações com as categorias funcionais indicadas e a síntese das atribuições definidas na forma do Anexo II deste ato regulamentar.

Art. 2º – A Secretaria de Recursos Humanos fará publicar, no Boletim de Serviço, a tabela numérica de lotação das funções do Tribunal.

Art. 3º – As funções a que se refere o presente ato regulamentar serão providas mediante designação do presidente do Tribunal e a concessão da gratificação será devida a partir da publicação do respectivo ato.

Art. 4º – Este ato regulamentar entra em vigor na data de sua publicação.” (fls. 28)

Portanto, de acordo com o disposto no art. 3º do Ato Regulamentar 85/89, há necessidade de prévia designação para o exercício das funções nele previstas e percepção da gratificação de representação, tal como consta dos Anexos I e II do aludido ato regulamentar (fls. 29/30). De outro lado, o art. 2º do referido ato estatuiu que a Secretaria de Recursos Humanos publicaria, no Boletim de Serviço do Tribunal, a tabela numérica de lotação das funções nele previstas.

Destarte, conforme se verifica do anexo de fls. 48 – que existe e foi publicado no Boletim de Serviço desta Corte – foram criadas 6 (seis) gratificações de auxiliar especializado, para a função de motorista, destinadas à

Secretaria de Administração do Tribunal.

Cabe salientar que no Anexo II do mencionado ato regulamentar ficou estabelecido que a função de auxiliar especializado seria exercida por motorista – agente de segurança judiciária – para executar as tarefas de transporte e segurança pessoal dos juízes e do diretor-geral, assim como serviços externos determinados pelos superiores.

Posteriormente, a Resolução 18, de 21/12/92 – que dispõe sobre a estrutura organizacional do TRF/1ª Região – previu a gratificação de representação de auxiliar especializado, para os ocupantes de cargo de agente de segurança judiciária (motorista), para “executar as tarefas de transporte e segurança pessoal dos juízes, assim como serviços externos determinados pelos superiores”, e em seu item 4.2.2, criou 6 (seis) gratificações de auxiliar especializado (motorista) para a Secretaria de Administração da Corte (cf. fls. 31/34).

Contrariamente ao alegado pelos autores, as gratificações de representação vindicadas foram criadas em número certo e determinado e necessitam de prévia designação para seu provimento.

O art. 39, § 1º, da Constituição Federal de 1988, na redação anterior à EC 19/98, preceitua:

“A lei assegurará, aos servidores da Administração Direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.”

Verifica-se, *in casu*, que não houve ofensa ao aludido princípio constitucional da isonomia, garantido pela Lei Maior, porquanto o preceito constitucional refere-se a cargos públicos, enquanto pleiteiam os autores a percepção de gratificação concernente ao exercício da função de auxiliar especializado – função exercida apenas pelos paradigmas e para a qual não foram os autores designados.

Sobre a questão, vale transcrever trecho da sentença proferida pela então Juíza Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Dra. Selene Maria de Almeida, *in verbis*:

“Alegam os autores que a isonomia é impositiva para cargos de atribuições iguais. Sustentam que somente em 21 de dezembro de 1992, através da Resolução 18 do TRF/1ª Região é que ficaram estabelecidas as funções de representação de gabinete para os ocupantes de cargo de auxiliar especializado – motorista.

Os autores, porém, não têm razão.

Os quadros de pessoal das Secretarias dos Tribunais Regionais Federais foram regulados pela Lei 7.727, de 9 de janeiro de 1989.

O § 2º do art. 1º do Ato Regulamentar 85, de 30 de maio de 1989, do TRF da 1ª Região, que instituiu a Tabela de Representação de Gabinete, destinou a função de auxiliar especializado – motorista para os ocupantes de cargo

efetivo de agente de segurança judiciária.

As designações para o exercício dessas funções eram limitadas ao disposto na tabela de lotação numérica das funções de representação conforme disposto no art. 2º do citado ato regulamentar.

A questão essencial, para o deslinde desta demanda, é observar que as funções gratificadas foram criadas em número certo. Para a percepção da gratificação tem que haver prévia designação para a função. No caso, a gratificação da função de auxiliar especializado é destinada apenas aos servidores designados para ocupar as respectivas funções.

Não há violação ao princípio da isonomia porque a gratificação de representação de gabinete não integra os vencimentos do cargo permanente.

A isonomia é impositiva para cargos de atribuições iguais, porém, no caso em julgamento temos cargos e funções. Os autores não ocupam as mesmas funções dos paradigmas que indicam.

Ademais, não é verídica a afirmação dos autores que somente em 21 de dezembro de 1992, através da Resolução 18 do TRF/1ª Região estabeleceram-se as funções de representação de gabinete para os ocupantes de cargo de auxiliar especializado – motorista. Pelo Ato Regulamentar 85, de 30/05/88 (doc. 48) está prevista a função de auxiliar especializado. Daí não se pode falar em aplicação retroativa da Resolução 18 do TRF-1ª Região.” (fls. 144/146)

Convém ressaltar, ainda, que, de acordo com o art. 40 da Lei 8.112/90, “vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei”. O art. 49 da citada lei estabelece que, “além do vencimento poderão ser pagas ao servidor as seguintes vantagens: I – indenizações; II – gratificações; III – adicionais”.

Conclui-se, assim, que o recebimento das vantagens previstas no art. 49 da Lei 8.112/90 não afronta o princípio constitucional da isonomia, por não integrarem o vencimento, que é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público.

Aliás, a função gratificada relativa à natureza do trabalho executado, está excepcionada pelo art. 39, § 1º, *in fine*, da CF/88, na redação anterior à EC 19/98, e não integra os vencimentos, mas a remuneração, tal como previsto no art. 1º, II e III, da Lei 8.852/94 – que dispôs sobre a aplicação do aludido art. 39, § 1º, da CF/88 – *in verbis*:

“Art. 1º Para os efeitos desta lei, a retribuição pecuniária devida na Administração Pública direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União compreende:

I – como vencimento básico:

a) a retribuição a que se refere o art. 40 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, devida pelo efetivo exercício do cargo, para os servidores civis por ela regidos;

b) o soldo definido nos termos do art. 6º da Lei 8.237, de 30 de setembro de 1991, para os servidores militares;

c) o salário básico estipulado em planos ou tabelas de retribuição ou nos contratos de trabalho, convenções, acordos ou dissídios coletivos, para os empregados de empresas públicas, de sociedade de economia mista, de suas subsidiárias, controladas ou coligadas, ou de quaisquer empresas ou entidades de cujo capital ou patrimônio o Poder Público tenha o controle direto ou indireto, inclusive em virtude de incorporação ao patrimônio público;

II – como vencimentos, a soma do vencimento básico com as vantagens permanentes relativas ao cargo, emprego, posto ou graduação;

III – como remuneração, a soma dos vencimentos com os adicionais de caráter individual e demais vantagens, nestas compreendidas as relativas à natureza ou ao local de trabalho e a prevista no art. 62 da Lei 8.112, de 1990, ou outra paga sob o mesmo fundamento, sendo excluídas....”

Com propriedade sustenta a defesa:

“Conforme regulamentado pelo Conselho de Justiça Federal, a segurança do órgão e de autoridades, bem como a condução de veículos automotores é atribuição e tarefa típica dos ocupantes dos cargos de agente de segurança judiciária.

O art. 147 da Lei 1.711/52 (vigente à época da edição da Lei 7.746, de 1989) dispunha que ‘gratificação de função é a que corresponde a encargo de chefia e outros que a lei determinar’, enquanto os decretos regulamentadores e Decreto-Lei 200/67 exigiam para o provimento correlação das atribuições dos cargos efetivos para com as da função gratificada.

Neste sentido foi disposto no art. 374 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que ‘...as designações para funções gratificadas não poderão beneficiar funcionário cuja categoria básica seja incompatível ou de nível inferior às atribuições inerentes aqueles cargos ou funções’. Com igual determinação no § 2º do art. 1º do Ato Regulamentar 85 de 30/05/89 do TRF da 1ª Região, que instituiu a Tabela de Representação de Gabinete naquela Corte, destinou a função de auxiliar especializado – motorista para os ocupantes de cargo efetivo de agente de segurança judiciária, visando à observância da correlação de atribuições.

As designações para o exercício dessas funções são limitadas ao disposto na tabela de lotação numérica das funções de representação conforme disposto no art. 2º do mencionado ato regulamentar e Anexo I da Resolução 18, de 21/12/91.

Cumprido, entretanto, esclarecer que as funções de que se trata são instituídas em número certo, segundo critérios estabelecidos pelo Tribunal, nos quais se consideram a conveniência e necessidade da criação das mesmas.

Da mesma forma, o provimento das indigitadas funções é efetuado tendo como parâmetro as necessidades funcionais da Corte. Para a percepção da correspondente gratificação, mister se faz haja prévia designação para a fun-

ção e, em assim ocorrendo, fica o servidor submetido ao regime de integral dedicação ao serviço, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração, independentemente da jornada diária de trabalho do órgão, conforme disposto no § 1º do art. 19 da Lei 8.112, de 1990.

O fato de os autores integrarem os Quadros do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por si só, não lhes concede direito à percepção da vantagem, como parece ser o entendimento da exordial.

Mesmo ao se considerar que a função de auxiliar especializado foi destinada aos ocupantes do cargo de agente de segurança judiciária, em virtude da correlação das atribuições, deve ser lembrado que a atribuição dessas funções, criadas em número certo, não são extensivas a todos os ocupantes daquela categoria funcional, alcançando, outrossim, somente os servidores previamente designados para as funções, dos quais são exigidos horários e afazeres diferenciados do comum da categoria.” (fls. 45/46)

Ademais, como ressaltou o ilustre Juiz Luciano Tolentino Amaral, em seu voto vogal, “tenho por incidente na espécie o verbete da Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal: se ao Judiciário não cabe aumentar vencimento de servidor público, nem por vias transversas, também não se pode estender gratificações não previstas em lei e que só por lei podem ser criadas” (fls. 223/227).

De fato, põe em evidência a simples leitura do quanto disposto nos arts. 1º a 3º do Ato Regimental 85, de 30 de maio de 1989, reproduzido por fotocópia a fls. 28,

art. 1º. Fica instituída a Tabela de Representação de Gabinete no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na conformidade do Anexo I deste Ato.

(...)

§ 2º. Na designação para o exercício das funções constantes na Tabela de Representação de Gabinete do Tribunal serão observadas as correlações com as categorias funcionais indicadas e a síntese das atribuições definidas na forma do Anexo II deste ato regulamentar.

art. 2º. A Secretaria de Recursos Humanos fará publicar, no Boletim de Serviço, a tabela numérica de lotação das funções do Tribunal.

art. 3º. As funções a que se refere o presente ato regimental serão providas mediante designação do presidente do Tribunal e a concessão da gratificação será devida a partir da publicação do respectivo ato.

que as funções componentes da Tabela de Representação de Gabinete desta Corte, por ele instituídas, o foram em quantidade determinada, para provimento mediante designação de servidores integrantes de categorias funcionais cujos cargos de provimento efetivo guardam correlação de atribuições, razão pela qual, a exemplo do que sucede no caso de todas as funções gratificadas, a respectiva retribuição pecuniária só é possível de ser paga àqueles que foram designados para

efetivamente exercê-las.

Não podendo negar essa evidência, pretendem os embargantes desviar o foco de visão do julgador, argumentando, em síntese, no arrazoado de infringência, para justificar a alegada ofensa ao princípio constitucional da isonomia, que o critério eleito como *discrímen* é inexistente, falso e inidôneo, porquanto “a execução de tarefas de transporte e segurança pessoal dos juízes e do diretor-geral, assim como serviços externos determinados pelos superiores” substanciava atribuição idêntica à dos extintos cargos de agente de segurança judiciária, a cujos titulares confiados transporte e segurança inclusive de autoridades, bem como serviços externos determinados por seus superiores, representando a gratificação de representação verdadeiro acréscimo ao vencimento dos integrantes da categoria funcional.

Nada mais impróprio e distorcido. Com efeito, do exame das tarefas afetas ao cargo de agente de segurança judiciária, enunciadas no Manual de Descrição de Cargos da Justiça Federal aprovado pelo egrégio Conselho da Justiça Federal em sessão de 5 de dezembro de 1994

- 1) Promover a segurança dos magistrados, servidores e visitantes.
- 2) Promover a segurança física das instalações e bens patrimoniais do órgão.
- 3) Registrar, em livro próprio, as ocorrências que fogem à rotina, relacionadas com o acesso às dependências do órgão e com incidentes ocorridos com veículos, comunicando-os à chefia.
- 4) Observar as condições de funcionamento de todos os bens que estiverem sob sua responsabilidade, zelando por sua conservação, para certificar-se de sua adequação às exigências de segurança e bom funcionamento.
- 5) Verificar as condições das instalações do prédio, a fim de evitar acidentes e prejuízos à integridade dos mesmos, comunicando imediatamente à chefia quaisquer irregularidades existentes.
- 6) Prestar informações ao público, identificando e encaminhando os visitantes aos setores procurados, bem como observar a entrada e saída de pessoas e bens, para evitar roubos, atos de violência e outras infrações à ordem e segurança.
- 7) Dirigir veículos oficiais, transportando magistrados, outras autoridades e servidores em segurança até os locais determinados.
- 8) Investigar preliminarmente os fatos delituosos registrados nas dependências do órgão, detendo para averiguação os infratores neles envolvidos, quando necessário.
- 9) Fiscalizar as condições de utilização dos equipamentos no combate a incêndio, colaborando na prevenção e no combate ao fogo, visando a garantir a segurança e integridade física dos magistrados, servidores, visitantes e dos bens materiais.

10) Intervir prontamente em situações de emergência, prestando os primeiros socorros, bem como atuando para evitar que o sinistro cause maiores prejuízos ao órgão.

em confronto com as atribuições da função de auxiliar especializado (motorista), expressas no Anexo II do ato normativo em referência

executar as tarefas de transporte e segurança pessoal dos juízes e do diretor-geral, assim como serviços externos determinados pelos superiores,

já se vê, sem maior dificuldade, serem elas simplesmente correlatas – presposto, aliás, ao provimento desta –, na medida em que, enquanto a agentes de segurança judiciária cabia, precipuamente, no âmbito da Justiça Federal desta Primeira Região, zelar pela segurança das instalações dos órgãos que a compõem, seus visitantes, magistrados e servidores, bem como dirigir veículos oficiais, transportando em segurança magistrados, outras autoridades e servidores, não determinados, a auxiliares especializados (motoristas) tocavam transporte e segurança de autoridades determinadas e execução de serviços externos ordenados por seus superiores. Exatamente por tal razão, na Tabela de Lotação Numérica das Funções de Representação do Gabinete do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, constaram vinte e oito funções de auxiliar especializado: dezoito vinculadas ao gabinete dos juízes, dois ao da Presidência/Secretaria-Geral, um ao da Vice-Presidência/Corregedoria, um à Diretoria-Geral e seis à Secretaria de Administração, embora apenas apontem os embargantes, como paradigmas, quatro a esta vinculados, sem nenhuma preocupação, sequer, com a produção de prova testemunhal para demonstrar o exercício, no dia-a-dia, de idênticas atividades, conforme alegado, até porque os documentos e certidões juntos aos autos a fls. 188/194 e 200/212, além de extemporâneos, pois só requeridos na data de interposição do recurso de apelação – sem qualquer justificativa sobre o porquê de não o terem sido anteriormente –, e feitos juntar após essa interposição, não demonstram a propalada identidade de atribuições exercidas, limitando-se a mostrar que autores e paradigmas ocuparam, no período indicado, cargo de provimento efetivo de agente de segurança judiciária e as funções comissionadas neles referidas, sem nenhuma especificação sobre as atividades que compuseram seus afazeres.

Rejeito os embargos infringentes.

É como voto.

Segunda Seção

Ação Rescisória

2000.01.00.032384-9/MT

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo
Autor: Otávio Dário de Campos
Advogado: Dr. José Francisco Nunes
Réu: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais
Renováveis – Ibama
Procuradora: Dra. Suzana Mejia
Publicação: DJ 2 de 25/05/05

Ementa

Processual. Ação rescisória. Desapropriação indireta. Preliminares de ausência do depósito de 5% do valor da causa, ausência de cumulação de pedido de rescisão com novo julgamento e ausência de certidão de trânsito em julgado afastadas. Intervenção do MPF. Desnecessidade. Apreciação indevida da prova. Análise equivocada do decreto expropriatório. Inocorrência. Ibama. Efeitos da revelia. Inocorrência.

I. Sendo o autor miserável na acepção jurídica, desnecessário fazer o depósito a que se refere o art. 488, II, do CPC.

II. Falta de clareza no pedido não se confunde com descumprimento ao inciso I do art. 488 do CPC.

III. Inaplicabilidade dos efeitos da revelia ao Ibama, nos termos do art. 320, II, do CPC.

IV. Desnecessária a intervenção do Ministério Público nas ações de desapropriação, exceto nas de interesse social para fins de reforma agrária, em face das literais disposições do art. 18, § 2º, da Lei Complementar 76/93.

V. Análise correta do decreto expropriatório e inocorrência de erro na apreciação da prova a ensejar a rescisão do julgado.

VI. Ação rescisória admitida e julgada improcedente.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Exmo. Senhor Relator, vencido, em parte, o Desembargador Federal Olindo Menezes, que isentava o autor dos honorários advocatícios.

2ª Seção do TRF-1ª Região – 06/04/05.

Desembargador Federal *Carlos Olavo*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Trata-se de ação rescisória em face de sentença proferida nos autos da Ação de Desapropriação Indireta 1998.36.00.000070-0/MT, proposta por Otávio Dário de Campos, com fundamento no inciso I do art. 471, c/c o art. 485, incisos V e IX, do Código de Processo Civil.

A ação tem por objeto área de 50 ha (cinquenta hectares) desapropriada pelo réu, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, para a criação do Parque Nacional da Chapada dos Guimarães.

O juízo sentenciante, sob os fundamentos (1) de que a “área de terra foi ‘adquirida’ quatro anos depois da criação do parque pelo Decreto 97.656/89, portanto, não pode o autor colocar-se como vítima de um esbulho, quando ele próprio comprou a área de terra já sabia não pertencer mais ao vendedor, integrada que fora ao Parque Nacional”, (2) de que o compromisso de compra e venda não fora registrado e (3) não foram comprovadas as existências de benfeitorias, julgou improcedente o pedido.

Afirma o autor que é proprietário, senhor e possuidor do imóvel, bem assim a existência de diversos vícios na sentença rescindenda, tais como: (1) indeferimento de intimação do representante do MPF, (2) equívoco na análise do Decreto, (3) erro na apreciação das provas de fls. 11 a 21 do anexo II e (4) “além de ignorar o decreto e de desconsiderar os efeitos da revelia e confissão ficta” (fls. 8).

Em sua contestação, afirma o Ibama, preliminarmente, a ausência de pressupostos processuais (falta da certidão de trânsito em julgado da sentença que se pretende rescindir, não-cumulação de pedido de rescisão com o novo julgamento da lide, bem assim falta do depósito recursal – 5% do valor da causa) e, no mérito, “que a sentença rescindenda encontra-se incólume de qualquer violação legal ou constitucional” (fls. 54)

Por considerar desnecessária a produção de provas, indeferi pedido do autor neste sentido (fls. 158).

O Ibama, em razões finais, reiterou os termos da contestação; o autor ficou-se silente.

A representante do MPF, Dr^a Raquel Elias Ferreira Dodge, opina pelo conhecimento e improvemento da ação (fls. 141/143 e 172/174).

Ao Revisor.

É o Relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Examino, inicialmente, a preliminar aventada pelo Ibama de falta de pressupostos processuais.

Quanto à ausência do depósito de 5% (cinco por cento) exigido pelo inciso II do art. 488 do CPC, tenho que as condições pessoais do réu, que litigou em primeira instância sob o pálio da justiça gratuita, não pode ser empecilho ao conhecimento de sua ação, sob pena de estar-lhe negando acesso ao Poder Judiciário. Neste sentido:

Estando a autora litigando sob o pálio da justiça gratuita, não é de se lhe exigir o depósito de que trata o art. 488, II, do CPC. Preliminar rejeitada. (AR 2002.01.00.041480-1/RO, Rel. Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Seção, *DJ* de 17/02/04, p. 5)

Não ocorre também violação ao inciso I do art. 488 (ausência de cumulação do pedido de rescisão com o novo julgamento), em que pese a falta de clareza no requerimento.

Finalmente, a alegação do Ibama de ausência da certidão de trânsito em julgado da sentença rescindenda é improcedente, uma vez que referido documento encontra-se juntado a fls. 139.

Pelo exposto, admito a ação rescisória e passo ao exame de seu mérito.

Tenho que a sentença não violou literal disposição de lei nem foi fundada em erro de fato.

Em primeiro lugar, porque o juiz agiu com acerto quanto ao fato de que a revelia do Ibama não poderia ser capaz de inferir o efeito da confissão ficta, pois o patrimônio da autarquia é público. Neste sentido:

A revelia é insuscetível de gerar a pena de confissão ficta quando se tratar de direito indisponível. Sendo a autarquia previdenciária ente público, cumprindo-lhe zelar por interesses de toda a coletividade responsável pelo financiamento da previdência social, não se lhe aplicam os efeitos dos arts. 285 e 319 do CPC, a teor da norma inscrita no art. 320 do mesmo diploma legal. Precedentes da Turma. (AC 94.01.09201-0/MG e AC 1997.01.00.042385-0/BA). (AC 96.01.41234-4/MG, Rel. Juiz Aloísio Palmeira Lima, Primeira Turma, *DJ* de 19/03/01, p.12)

Inaplicabilidade dos efeitos da revelia à Fazenda Pública, nos termos do art. 320, II, do CPC.” (AC 1997.01.00.036988-5/MG, Rel. Juíza Assusete Magalhães, Segunda Turma, *DJ* de 28/05/98, p.44)

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto, Olindo Menezes, Cândido Ribeiro, Hilton Queiroz e I'talo Fioravanti Sabo Mendes.

Outrossim, quanto ao indeferimento à pretensão de intervenção do MPF, tenho que a sentença também andou bem. Nos termos do art. 82 do CPC, compete ao Ministério Público intervir em todas as causas em que haja interesse de incapazes (inciso I), nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade (inciso II) e, ainda, nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse de terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte (inciso III).

Na verdade, depreende-se das disposições do art. 82 do CPC que o interesse público referido nada tem a ver com o interesse da Fazenda Pública, devidamente representada pelo Ibama. O que se busca, em todos os casos de intervenção do Ministério Público, é a consecução do interesse público processual, isto é, refere-se a ação em que o resultado da demanda possa extrapolar o âmbito do interesse das partes com possibilidade de afetar os interesses da coletividade.

Estando a entidade pública devidamente representada, defendendo seus interesses patrimoniais por meio de sua respectiva procuradoria, não há que se falar em interesse público motivador da intervenção do Ministério Público.

Nas ações de desapropriação, fundadas na supremacia do interesse público, na qual se discute apenas o preço ofertado e eventuais vícios do processo, não aflora qualquer interesse geral, mesmo porque a desapropriação gera efeitos de natureza civil. Exceção à regra decorre das literais disposições do § 2º do art. 18 da Lei Complementar 76/93, que determinam a intervenção obrigatória do Ministério Público Federal na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

Finalmente, tenho que não ocorreu, também, os vícios de apreciação indevida das provas e equívoco na análise do decreto, conforme se pode ver do seguinte trecho da sentença, *verbis*:

A conseqüência desse entendimento é de que apesar da falta da contestação, caberia ao autor comprovar o direito que alega ter (art. 333, I, do CPC).

Tratando-se de indenização, seus necessários componentes a serem comprovados são o dano em si e a sua extensão.

Ora, o autor falhou em ambos os elementos, como se verá abaixo, e quando lhe foi dada oportunidade de especificar provas, apenas reiterou o mesmo protesto genérico da inicial, além de apontar os documentos juntados aos autos, os quais lhe são até desfavoráveis.

Quanto ao dano, o autor falha em comprovar a propriedade da área, pois apresenta apenas um compromisso de compra e venda *não registrado*. Conclui-se, pois, que nem mesmo o mínimo resquício de direito real tem em

seu favor.

Em segundo vê-se do compromisso de compra e venda que a área de terras foi “adquirida” quatro anos depois da criação do parque pelo Decreto 97.656/89, portanto, não pode o autor colocar-se como vítima de um esbulho, quando ele próprio comprou área de terras que já sabia não pertencer mais ao vendedor, integrada que fora a um parque nacional. Está evidente que a sua pretensão desde o início era obter a indenização aqui pleiteada. (fls. 35)

Por todo o exposto, julgo improcedente a ação rescisória. Custas pelo autor que, entretanto, está dispensada momentaneamente de pagá-las, consoante art. 12 da Lei 1.060/50. Honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) do valor da causa.

É como voto.

Voto Revisor

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Otávio Dário de Campos, com fundamento no art. 485, incisos V e IX, do CPC, propõe em, *data venia*, confusa petição, *ação rescisória* contra o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis – Ibama, pretendendo rescindir a sentença proferida nos autos da Ação de Desapropriação Indireta 1998.36.00.000070-0/MT, da lavra do Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso, César Augusto Bearsi, que julgou improcedente o pedido (fls. 34/36).

Afirma que a sentença rescindenda contém vícios: a) falta de chamamento ao processo do Ministério Público; b) equívoco na análise do decreto de desapropriação, Decreto 97.656/89; c) erro na apreciação das provas de fls. 11 a 21 do anexo II; e d) ignorar o decreto de desapropriação e desconsiderar os efeitos da revelia e confissão ficta. Afirma que a sentença violou os arts. 128, 458 e 460 do CPC.

2. Citado, o réu contestou o pedido (fls. 52/57), alegando falta de pressupostos processuais, não observando o disposto nos arts. 485, *caput*, e 488 do CPC. No mérito, disse que o autor “visa obter um novo julgamento favorável da lide relativa ao seu pedido de indenização indireta”.

3. Réplica, a fls. 61/66, dizendo, quanto à falta de certidão de trânsito em julgado, que está provado nos autos ter havido por parte do ora autor apelação e esta não foi recebida por ser intempestiva.

4. Determinou o Relator, o eminente Juiz Carlos Olavo, que o autor juntasse a certidão do trânsito em julgado da sentença rescindenda (v. fls. 70). A determinação foi atendida (fls. 139, *rectius* 73, uma vez que a numeração está errada, pois, de 71 salta para 138). A sentença transitou em julgado para o autor em 04/09/98. A rescisória foi ajuizada em 23 de março de 2000. Dentro do prazo de dois

anos, portanto.

5. Sendo o autor miserável na acepção jurídica (v. declaração de pobreza de fls. 68), dispensado está de fazer o depósito de 5% sobre o valor da causa (CPC, art.488, II). Litiga sob o pálio da justiça gratuita.

6. Admito a rescisória, conseqüentemente.

7. Não era caso de intervenção do Ministério Público, pois, não se faziam presentes as causas previstas no art. 82 do CPC, que a exigem. No processo se encontrava o Ibama, defendendo seus interesses patrimoniais. Não havia interesse público a exigir a intervenção do Ministério Público. Não se tratava da hipótese do disposto no § 2º do art. 18 da Lei Complementar 76, de 1993. Interesse público é uma coisa, interesse da Fazenda Pública, outro. A ação de desapropriação indireta é uma ação de indenização, inexistindo interesse público.

Também, não era caso de se admitir os efeitos da revelia, em face de o Ibama defender direitos indisponíveis (CPC, art. 320, II).

Igualmente, não houve erro da sentença quanto à análise do Decreto 97.656, de 1989, o decreto desapropriatório, bem das provas dos autos, desfavoráveis ao autor. Acertadamente, disse o MM. juiz *a quo* (fls. 35/36):

Tratando-se de indenização, seus necessários componentes a serem comprovados são o dano em si e a sua extensão.

Ora, o autor falhou em ambos os elementos, como se verá abaixo, e quando lhe foi dada oportunidade de especificar provas, apenas reiterou o mesmo protesto genérico da inicial, além de apontar os documentos juntados aos autos, os quais lhe são até desfavoráveis.

Quanto ao dano, o autor falha em comprovar a propriedade da área, pois apresenta apenas um compromisso de compra e venda *não registrado*. Conclui-se, pois, que nem mesmo o mínimo resquício de direito real tem em seu favor.

Em segundo vê-se do compromisso de compra e venda que a área de terras foi “adquirida” quatro anos depois da criação do parque pelo Decreto 97.656/89, portanto, não pode o autor colocar-se como vítima de um esbulho, quando ele próprio comprou área de terras que já sabia não pertencer mais ao vendedor, integrada que fora a um parque nacional. Está evidente que a sua pretensão desde o início era obter a indenização aqui pleiteada.

Em terceiro não comprovou a existência de benfeitorias ou da plantação de banana apontadas na inicial. As fotos apresentadas não se prestam a este mister, pois além de não evidenciarem benfeitorias de valor (há apenas um casebre de madeira) ou a falada plantação de banana, também não respeitaram ao art. 385, § 1º, do CPC (não foi juntado o negativo).

No que se refere à extensão do dano então *nenhuma mínima prova foi*

produzida.

Só há nos autos a alegação sobre o valor da terra, da cobertura vegetal e da plantação de banana, sem que o autor cumprisse seu ônus de comprovar essas alegações.

A situação ainda piora quando se observa que pelo compromisso de compra e venda a área de terras foi negociada por Cr\$ 35.000.000,00 na data de 11/06/93. Atualizando este valor pela tabela constante do item correção monetária no CPC anotado de Theotonio Negrão chegamos ao *assustador* valor de R\$ 1.119,79 para novembro de 1997.

O autor pede agora 100 vezes essa quantia, estimando a indenização *só da terra* em R\$ 100.000,00, numa cristalina demonstração de má-fé.

E ainda pretende não produzir prova???

Francamente. Incomprovados o dano e sua extensão, impõe-se a improcedência do pedido.

8. Pelo exposto, julgo improcedente o pedido rescisório. Custas, pelo autor, que, gozando dos benefícios da justiça gratuita, está dispensado de pagá-las enquanto perdurar o estado de miserabilidade (art. 12 da Lei 1.060, de 05/02/50). Fixo os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa.

9. É o voto.

Voto Vogal Vencido (em parte)

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Senhor Presidente, concordo com o Relator, mas, como ele exonerou o autor das custas, porque é pobre, creio que tem que o exonerar também dos honorários, mesmo porque o Ibama não precisa disso.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Senhor Presidente, vou pedir vênua à divergência e acompanhar o Relator e o Revisor, que estão a obedecer estritamente o princípio da legalidade.

Terceira Seção

**Embargos Infringentes na Apelação Cível
2000.01.00.133996-9/MT**

Relator:	O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro
Relator p/acórdão:	O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira
Embargante:	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
Proc/S/OAB:	Dr. Sicinato Soares de Carvalho e outro
Embargado:	Eduardo Telles Assad
Advogados:	Dr. Gilberto de Matos e outro
Publicação:	DJ 2 de 24/05/05

EMENTA

Administrativo. Responsabilidade civil. Sentença que assegura ius possidendi sobre determinada área. Destinação da área, pelo Incra, a outra pessoa. Indenização substitutiva. Redução de valores. Prevalência do voto vencido.

I. O perito considerou o direito do autor como propriedade plena e, além disso, supondo “situações puramente abstratas, resultantes, no essencial, de projeções para o futuro, que, aliás, não estão provadas, pois o laudo se refere a meras declarações expedidas pela prefeitura do Município”.

II. O autor não perdeu a posse *stricto sensu*, mas o *ius possidendi*, ou seja, o direito, que lhe havia sido assegurado, por sentença transitada em julgado, de vir a exercer a posse efetiva do lote 4 do setor 2 do PEA Lucas do Rio Verde, no Estado de Mato Grosso, com área de 201,9095 ha.

III. Não tendo sido, no tempo próprio, anulada a perícia, a esta altura resta fazer prevalecer o voto vencido, como forma de minorar as conseqüências, seja da super-avaliação, seja do elevado percentual (40%) considerado para o mero direito à efetivação da posse.

IV. Embargos infringentes parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, dar parcial provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator p/acórdão.

3ª Seção do TRF-1ª Região – 15/03/05.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, Relator p/ acórdão.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Eduardo Telles Assad ajuizou ação de indenização contra o Instituto Nacional de Colonização e Re-

forma Agrária – Incra objetivando a condenação do réu ao pagamento de indenização “por todos os prejuízos efetivos, que sofreu, e pelos lucros cessantes, que apurados forem, em execução, mediante artigos de liquidação e perícia com arbitramento”, pelo cancelamento, *manu militari* e sem o devido processo legal, segundo alegou, de arta de anuência que o autorizava a imitir-se na posse da “parcela” designada como lote rural 4 do setor 2 do PEA Lucas do Rio Verde, então Distrito do Município de Diamantino, hoje Município Lucas do Rio Verde, Estado do Mato Grosso.

Julgado parcialmente procedente o pedido (fls. 557), apelaram ambas as partes, tendo a egrégia Quinta Turma, pelo acórdão de fls. 654, da lavra do ilustre Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva, por maioria, dado parcial provimento a ambos os apelos, restando assim ementado:

Constitucional, Administrativo e Civil. Direito à posse de lote em assentamento rural assegurado por sentença judicial transitada em julgado. Frustração por ato ilegítimo do Incra. Dever de indenizar. CF/88, art. 37, § 6º. Valor do direito à posse. Percentual sobre o valor do domínio. Descabimento de indenização por lucros cessantes, inclusive sob a forma de juros compensatórios.

1. Assegurado, por sentença judicial transitada em julgado, o direito à posse de lote em assentamento rural promovido pelo Incra, a frustração desse direito, por ato ilegítimo, pelo qual foi o lote alienado a terceiro, após a sentença que veio a ser confirmada, impõe-se ao Incra, por força do disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, o dever de indenizar o prejuízo causado ao autor da ação que objetivava a aquisição da posse do imóvel.

2. Tal indenização, contudo, deve limitar-se ao valor estimado da posse, não alcançando lucros cessantes decorrentes da perspectiva de futura lucratividade com a produção agrícola no lote, ou com o loteamento da área, por situar-se próxima à zona urbana, nem ensejando, ao mesmo título, o pagamento de juros compensatórios.

3. Razoabilidade da fixação do valor do direito à posse com base no percentual de 40% (quarenta por cento) do valor estimado do domínio do imóvel rural.

4. Apelações do autor e do réu parcialmente providas.

O Incra opõe embargos infringentes, postulando a prevalência do voto vencido, do eminente Desembargador Federal Fagundes de Deus, que, divergindo em parte do Relator, fixou a indenização devida ao autor em valores inferiores, considerando a diminuição da área indenizável, assim como os preços do hectare de terra nua, encontrados para a região de situação do imóvel.

Sustenta o embargante que o voto vencido bem elucidou a questão para alcançar a justa indenização, mandando proceder ao levantamento dos valores de

terra no local de situação do imóvel e no Distrito Federal, valendo-se, assim, do princípio da livre apreciação da prova e do permissivo do art. 335 do Código de Processo Civil.

Pleiteia, pois, a reforma do acórdão embargado no ponto em que adotou o laudo pericial, que apurou, em 1995, valores muito discrepantes dos atuais.

O embargado ofereceu suas contra-razões, propugnando pela não-admissão dos embargos, e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Ao que se verifica dos autos, o ora embargado, Eduardo Telles Assad, engenheiro agrônomo e ex-servidor do Incra, obteve da autarquia a concessão de uma “parcela” de terra rural no Projeto de Assentamento “PEA Lucas do Rio Verde”, sendo autorizado a explorar o lote 4 do setor 2, que media 201,9095 ha.

Não tendo, todavia, iniciada a exploração no prazo concedido, foi cancelada a autorização, o que ensejou a impetração de mandado de segurança, o qual foi concedido para:

(....) cassado o ato do diretor regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, em Mato Grosso, que cancelou, mediante edital, a Carta de Anuência – Incra – CR-13-50/84, outorgada ao impetrante em 25 de junho de 1984, reconhecer válida, perfeita e legítima a mesma carta de anuência para que produza os efeitos legais, garantido ao autor a posse do lote 4, setor 2, PEA “Lucas do Rio Verde”, Município de Diamantino, neste Estado, ordenando ao impetrado que propicie ao impetrante os meios necessários para seu assentamento na gleba, prosseguindo-se no Processo 1.853, de 25 de junho de 1984, até final regularização fundiária da parcela, a que faz jus.

Essa decisão, confirmada por este Tribunal, contudo, não pôde ser cumprida tal como proferida, visto que, ao ser intimado para cumprimento, o Incra informou que o lote mencionado tinha sido alienado ao Sr. Elmo José Lehnen, o que deu ensejo ao ajuizamento da ação indenizatória.

O eminente Desembargador Federal Antônio Ezequiel, em seu voto, assim se refere aos fatos:

Conquanto ainda não residisse no citado lote, nem lhe fosse outorgado

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Fagundes de Deus e João Batista Moreira e os Exmos. Srs. Juízes Leão Aparecido Alves, Francisco Neves da Cunha e Gilda Maria Carneiro Sigmaringa (convocados). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro.

documento formal de concessão de posse do mesmo, o Incra dirigiu à Agência do Banco do Brasil S/A, no Município de Diamantino/MT, a carta de anuência vista a fls. 18, do seguinte teor:

“Senhor Gerente,

Declaramos que Eduardo Telles Assad, brasileiro, solteiro, agricultor, portador Cart. Ident. 47566-D e Reg. 4.101/81 – Crea/RJ, atual ocupante do imóvel rural denominado ‘lote rural 4, setor 2’, com área aproximada de 100,00 ha (cem hectares), localizada no Município de Diamantino/MT, PEA Lucas Rio Verde, conforme consta do Processo Administrativo Incra/CR-13 1.853/84, tem nossa irrestrita e irrevogável autorização para:

a) explorar mencionada área, podendo, para esse fim, contratar financiamento junto ao supracitado estabelecimento oficial de crédito;

b) oferecer ao banco financiador acima citado, em garantia real de tal financiamento, penhor rural de quaisquer bens compatíveis com essa espécie de gravame, produzidos e/ou mantidos na área acima, por períodos agrícolas ou prazos até a liquidação total do débito contraído em função do já aludido financiamento.

2. A autorização ora concedida tem por base os seguintes fatores:

2.1 – as benfeitorias e/ou semoventes já existentes na área;

2.2 – a posse exclusiva e legítima, manifestada através de cultura efetiva e morada habitual do citado ocupante, constatada em vistoria de iniciativa do Projeto Fund. Dia, Órgão Zonal, do Incra, que jurisdiciona a área, passável (*sic*) de garantir-lhe, em tempo oportuno, o direito de preferência à sua aquisição, desde que atendidas as formalidades legais vigentes à época de sua alienação.

Cuiabá (MT), 25 de junho de 1984

Bartholomeu A. de Vasconcellos Dias

Coordenador Regional Incra MT CR-13

Delegação de Competência – Portaria 589/79.”

Noutro passo, analisados os fatos, assevera:

Assim, é certo que, se o autor não chegou a ter posse efetiva sobre o lote em questão, ou seja, aquela que se exterioriza pelo exercício do poder de fato sobre a coisa, a que também se chama de posse direta, adquiriu o chamado *jus possidendi*, ou seja, o direito de vir a exercer a posse sobre o lote questionado, o que, ao meu ver, caracteriza a chamada posse indireta.

Em um e outro desses casos, porém, existe posse, com um valor em si mesma, independentemente do valor do domínio sobre o mesmo bem. Em recente monografia publicada sob a denominação “retificação de área”, com que deu divulgação à sua dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, o eminente Desembargador Federal Olindo Menezes, após distinguir o *jus possidendi*, ou seja, o direito

de possuir, fundado em uma relação ou situação jurídica sobre a coisa, do *jus possessionis*, caracterizado como uma mera situação de fato sobre a coisa, independentemente de relação jurídica precedente, assim analisa a alienabilidade desse direito:

“Tanto um caso como o outro traduzem objetivamente o que os autores chamam de visibilidade do domínio ou exteriorização da propriedade, em razão da destinação econômica do bem que lhe serve de objeto. Esse poder efetivo sobre a coisa, como expressão prática por excelência da sua destinação econômica, pode constituir-se em objeto de alienação, gratuita ou onerosa, que normalmente vem associada à transferência do direito de propriedade ou de outro direito real imobiliário.

Entretanto, não raro é negociada independentemente da propriedade do imóvel sobre o qual recai, quando titulada por pessoa diversa do proprietário. Isso ocorre por meio de instrumento particular, como ainda por instrumento público, em negócios conhecidos como ‘venda de posse e benfeitorias’, nos quais o disponente se diz proprietário das benfeitorias por construção própria e, outras vezes, por aquisição de outrem. Nos casos, é relacionada – ora isoladamente, como simples posse de terra, ora associada a plantações e construções – em inventários e arrolamentos, como bem deixado pelo autor da herança, do que resulta a expedição de formais de partilha e certidões de herança com aparência de legítimos títulos de domínio, mas que não passam de meros títulos de posse.

Essa transferência de posse (cessão), dissociada da propriedade da coisa sobre a qual incide, não obstante parecer um tanto atípica – já que, normalmente, a transferência se dá conjuntamente com a propriedade –, é perfeitamente possível, posto que não se trata de um mero estado de fato, que recebe a proteção da lei em atenção à propriedade, da qual é manifestação exterior (Bevilacqua, 1975: 967/9; Rodrigues, 1985: 22), mas de um direito de natureza real (Gomes, 1969: 35; Pereira, 1978: 22). O Código Civil não a enumerou entre os direitos reais (art. 674), mas esse aspecto, a despeito de opiniões em contrário, não é obstáculo a que assim seja classificada.” (op. cit., Coleção *Ex Cathedra*, pub. do TRF da 1ª Região, 2002, p. 97 e 98).

Tenho que, *in casu*, o autor sofreu um prejuízo, consistente na perda do direito, que lhe havia sido assegurado, por sentença transitada em julgado, de exercer a posse do lote 4 do setor 2 do PEA Lucas Rio Verde, no Estado de Mato Grosso, e esse prejuízo decorreu de ato ilegítimo do Incra, posto que, embora não houvesse sido concedida a liminar no mandado de segurança que impetrou para anular o ato que invalidara a carta de anuência expedida em seu favor por aquela autarquia, já havia o impetrado (Incra) sido notificado da sentença concessiva da segurança quando autorizou a alienação do mesmo lote a Elmo José Lehnen.

Essa autorização, com efeito, deu-se por ato publicado em Boletim de Serviço no dia 06/10/86 (v. fls. 54/55), ao passo que a notificação da sentença concessiva do *writ* havia sido recebida pelo impetrado em 12/08/85, como se vê a fls. 38. Houve, portanto, menosprezo da autarquia a uma decisão judi-

cial, para satisfazer a interesse não esclarecido nos autos, onde foi informado apenas, no telex que deu origem à cassação da carta de anuência, que ‘lote 4 setor 2 PEA I.R.V. já estava dest agricultor Elmo Lehnen pelo ex-exec subst, determino assent mesmo et desautorizo qquer outra dest ref lote. sol retrans PEA I.R.V. – dp Machado Neto – Diretor do Incra – dp’ (v. fls. 37).

De outro lado, não colhe a afirmativa do Incra, nas razões do apelo, de que aquela cassação se deu em razão de haver o autor abandonado o lote e se dirigido para o Rio de Janeiro. E isso porque o Incra não procedeu a qualquer apuração desse abandono, que, em verdade, não ocorreu, pois que o autor ainda nem sequer ocupara o imóvel, afirmando, sem contestação do Incra, que este, pelo diretor do Departamento de Projetos, expediu aviso datado de 25/06/84, fixando o prazo de sessenta dias, para ocupação efetiva dos lotes pelos parceiros, prazo esse que se esgotaria em 24/08/84, ao passo que o referido telex foi expedido em 18/07/84, desautorizando qualquer outra destinação ao referido lote, que não fosse a sua entrega ao Sr. Elmo Lehnen, conforme fls. 37. Ademais, o autor comprovou que se dirigiu ao Estado do Rio de Janeiro para desfazer-se de negócios que lá mantinha (exploração de duas fazendas arrendadas) e para adquirir um trator que lhe permitisse explorar o lote que lhe fora destinado no PEA Lucas Rio Verde.

Considero, assim, que ao autor assiste o direito a uma indenização pela frustração, causada pelo Incra, do direito de exercer a posse do lote que lhe fora destinado em projeto de assentamento de colonos. Essa indenização, contudo, tal como entendeu a sentença, deve limitar-se à perda do *jus possidendi*, ou seja à perda do direito de vir a exercer a posse efetiva, eis que, sem o exercício efetivo da posse, qualquer intenção de desenvolver este ou aquele projeto (nem sequer ainda elaborado tecnicamente) não passa de intenção, tanto mais quando se pretende indenização de supostas safras colhíveis em longos anos (doze anos, segundo o laudo do assistente do autor – fls. 325), no exercício de uma posse que era concedida precariamente, sujeita a ser retomada se não cumpridas as condições a que estava subordinada (Decreto 59.428, de 27/10/66, art. 77).

Concluiu o ilustre Relator por dar parcial provimento ao apelo do autor, para que a indenização seja calculada com base na área total do lote, de acordo com o laudo do perito do Juízo, do que resultou a fixação da indenização em R\$ 339.657,63 (trezentos e trinta e nove mil, seiscentos e cinquenta e sete reais e sessenta e três centavos), considerando o percentual de 40% do valor da terra nua, e também parcial provimento ao apelo do Incra, para excluir da condenação os juros compensatórios.

A divergência se estabeleceu, precisamente, quanto ao valor da indenização, tanto no que se refere à área indenizável, como quanto ao valor do hectare da terra, encontrado pelo perito oficial.

Com efeito, o voto vencido, do ilustre Desembargador Federal Fagundes de Deus, depois de referir-se às pretensões dos apelantes, assim se fundamentou, *verbis*:

De logo, nota-se a absoluta falta de razoabilidade da pretensão do primeiro apelante, que pretende, além de majorar o valor da indenização, seja ela calculada como se a área indenizável fosse de 201,9095 ha, e não de 100 ha.

Sobre o assunto, constato que a carta de anuência expedida pela Incra referiu-se a uma área de apenas 100 ha, o que equivale a dizer que o ato administrativo da autarquia federal outorgou, implicitamente, apenas a posse da gleba sobre 100 ha. Com efeito, o autor, à época, só poderia obter empréstimos bancários para explorar economicamente (efetuar plantio de lavoura) a área de 100 ha, não mais, porquanto, se ele ultrapassasse essa área para cultivar a terra, estaria cometendo esbulho possessório sobre a outra parte do terreno, localizado dentro da gleba de 201,9095 ha. Em nenhuma parte dos autos há prova de que o Incra, de início, tenha concedido a posse de toda a terra integrante da gleba de 201,9095 ha. Deduz-se, assim, indefectivelmente, que o autor somente extrairia proveito econômico resultante do cultivo da área sobre o trato de terra correspondente à carta de anuência que lhe foi conferida pelo Incra (100 ha).

Demais disso, não se revela juridicamente razoável, a meu ver, que a pretensão indenizatória alcance, para uma área de aproximadamente 100 hectares, de simples posse, sem qualquer cultura efetiva ou morada habitual, a fabulosa quantia de R\$ 10.082.061,39, até porque os lucros cessantes, no caso, são manifestamente descabidos.

Na análise da apelação do Incra, assinala o voto vencido:

De fato, conforme constatou o eminente Relator em seu voto, “o autor não tinha, na área, nem benfeitorias, nem semoventes, nem cultura efetiva, nem moradia”. Apesar disso, a perícia judicial, como já ressaltado, fixou o valor da indenização pela terra nua em R\$ 849.144,08 (oitocentos e quarenta e nove mil, cento e quarenta e quatro reais e oito centavos), com base na área de 201,9095 ha, e em R\$ 9.232.917,31 (nove milhões, duzentos e trinta e dois mil, novecentos e dezessete reais e trinta e nove centavos) pelos lucros cessantes, chegando ao valor total astronômico de R\$ 10.082.061,39 (dez milhões, oitenta e dois mil, sessenta e um reais e trinta e nove centavos), montante esse, repito, calculado em novembro/95.

Ocorre que, apesar de o trato de terras objeto da carta de anuência outorgada ao autor não conter 201,9095 ha, como já dito, a perícia consignou, para essa área, o valor da indenização em R\$ 849.144,08 (oitocentos e quarenta e nove mil, cento e quarenta e quatro reais e oito centavos). Nessas circunstâncias, constata-se, com base na perícia, que cada hectare, medida agrária correspondente a apenas 10.000 m², foi avaliado em, exatamente, R\$ 4.205,56 (quatro mil, duzentos e cinco reais e cinquenta e seis centavos), isso

em novembro/95, e somente para a terra nua. Esta cifra, convertida em moeda norte-americana, representa US\$ 4.349,07 (quatro mil, trezentos e quarenta e nove dólares e sete cents).

Cabe, então, neste passo, uma séria indagação: em quais regiões do País, encontrar-se-iam terras tão valorizadas (US\$ 4.349,07 por ha)? Parece-me seguro que, no Brasil, somente em áreas bem próximas às dos grandes centros urbanos tal ocorreria. Nessa perspectiva, constitui-se um grande paradoxo atribuir quantia tão vultosa a esta diminuta extensão de terra, dada a circunstância de localizar-se numa região bastante distanciada dos grandes centros urbanos, onde, aí, sim, as terras são altamente valorizadas, precisamente em razão do binômio procura/oferta. Sendo assim, entendo que o laudo pericial não encerra credibilidade e respeitabilidade, pois não guarda a imprescindível fidedignidade com a real situação da terra então periciada.

Ora, o sr. perito não se valeu de critérios puramente objetivos e de elementos concretos para chegar ao valor do terreno por ele apurado. Explico melhor: ele fez o laudo de acordo com projeções de safras ou de produtividade, levando em conta, essencialmente, o suposto crescimento potencial do Município e o desenvolvimento econômico da região, segundo, apenas, as lacônicas previsões feitas pela prefeitura local, sem se ater a dados técnicos, firmando-se, portanto, tão-somente, em projeções futuras de “investimentos públicos e privados previstos” e “planos de expansão da área urbana”, conforme se vê nas declarações de fls. 172/173. Ora, o laudo reflete, por tais razões, erro palmar, ao apurar preço atual, contemporâneo, com base em projeções futuras, e sem data precisa, de investimentos públicos e planos de expansão da área urbana. Daí por que resultou numa avaliação da área em preço de tamanha exorbitância. Tal exorbitância no preço fixado pelo perito ainda mais se avulta, dada a circunstância de o parceleiro-apelado nunca haver explorado a parcela, nada tendo produzido ou cultivado. Sendo assim, nenhum dano patrimonial em concreto lhe foi infligido pelo Incra, de modo que lhe tenha que ser reposto.

Nesse passo, transcrevo os seguintes trechos do laudo pericial e das respostas a alguns quesitos formulados pelo autor (fls. 143, 148 e 151):

“Os valores atribuídos à terra nua são aqueles correntes no mercado imobiliário do ano de 1995, cuja progressão ou regressão compactibilizam o crescimento da sede do Município e o desenvolvimento da economia regional.

Os valores atribuídos aos lucros com a lavoura de soja foram baseados nos valores ocorridos ano a ano no Município de Lucas do Rio Verde, de acordo com as variações de preço de mercado, produtividade e custos de produção.

Com a necessidade de diversificação de produção, ocorridos pelos idos de 1988, surgem novas atividades, como a suinocultura, a produção de olerícolas, em especial o cultivo em larga escala de tomate, com projeto de indus-

trialização, conforme informações da própria prefeitura, a cultura de inverno (safrinha) e outras atividades ainda incipientes (fls. 143).

(....)

Há que se considerar que o valor da terra nua da área em estudo aumenta na razão direta do desenvolvimento econômico da região e da expansão da área urbana de Lucas do Rio Verde, em direção ao lote 4, o que fica bem demonstrado em certidão anexa (da prefeitura), onde o crescimento da cidade para estes lados é iminente (fls. 188).

(....)

8º) (quesito do autor) Existe tendência de crescimento ou expansão, do Núcleo Urbano e Industrial da cidade de Lucas do Rio Verde/MT em direção ao lote 4 do setor 2?

R – Sim, existe esta tendência, estando já implantado desde 1994, um loteamento ao lado da área em apreço, conforme se depreende de certidão anexa, da prefeitura municipal de Lucas do Rio Verde (fls. 148).

(....)

6º) (quesito suplementar do autor) Há projetos, ou pelo menos, por presunção geral de investimentos públicos e/ou privados, visando ao progresso e ao crescimento, quer demográfico, quer industrial, quer comercial desse distrito-sede, com conseqüente valorização, no mercado imobiliário, especificamente da área enfocada na presente ação e que, face à negativa do Incra, em nela reintegrar o autor, motivo da presente ação indenizatória?

R – Sim, conforme certidão fornecida pela Prefeitura de Lucas do Rio Verde” (fls. 151).

Como se vê, são respostas dadas não em face de uma realidade já existente, mas, sim, de situações puramente abstratas, resultantes, no essencial, de projeções para o futuro, que, aliás, não estão provadas, pois o laudo se refere a meras declarações expedidas pela prefeitura do Município.

De se acrescentar que, mesmo que os valores obtidos pela perícia fossem factíveis, ainda assim, o perito não levou em consideração os custos financeiros e operacionais do empreendimento, tais como: juros de empréstimo bancário, desmatamento do terreno, remoção da vegetação e das raízes, preparo do solo com máquinas agrícolas, despesas com os insumos (v.g., sementes, adubos, herbicidas), mão-de-obra e maquinaria para plantio e colheita e eventual despesa com o escoamento da produção (transporte).

De tal sorte, embora não considere inválida a perícia em si, reputo de todo recusável, pelos motivos apontados, o preço da terra nua e demais valores levantados pela perícia, pois o critério adotado se acha absolutamente divorciado da realidade fática existente à época e no local. Como é sabido, o juiz não está adstrito ao laudo pericial (CPC, art. 436), podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

Assim concluiu seu voto o Desembargador Federal Fagundes de Deus:

Ante o exposto, divirjo do voto do eminente Desembargador Antônio Ezequiel quanto à área indenizável, que, a meu sentir, deve-se ater a 100 ha e, também, como já expus, quanto ao valor justo da indenização, que julgo deva ser apurada com base na quantia de R\$ 1.100,00 (hum mil e cem reais) por hectare, para o valor da terra nua, conforme valor médio de avaliação de terras de 1ª categoria, conforme acima referido, obtido em imobiliárias do Município de Lucas do Rio Verde e do DF.

De outro lado, não se tratando, *in casu*, de domínio, mas, sim, de posse, acompanho o Relator na parte em que estabelece uma proporcionalidade entre a posse e a propriedade e declara que a indenização seja fixada no percentual de 40% do valor do bem, perfazendo, pois, o montante final de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais). Tal quantia está sujeita a correção monetária, a partir desta data, tendo presente que o valor do hectare já se encontra devidamente atualizado (em face dos preços hoje vigentes) e a juros de mora, contados da citação, uma vez que, como já dito, é compatível com o caso dos autos, qual seja, a perda pelo autor de uma simples posse sobre uma área de terras não beneficiadas, cujo efetivo exercício não havia sequer iniciado, ou seja, não existia um mínimo de cultura e moradia no local, e que, por isso mesmo, achava-se em seu estado primitivo.

Diante de tudo o que foi exposto, considero que, efetivamente, o autor, ora embargado, tem direito à indenização pelo desapossamento do imóvel rural que lhe fora destinado, cujo ato de cancelamento da concessão foi declarado ilegal e nulo, devendo essa indenização alcançar toda a área do imóvel, que, segundo o laudo pericial, é de 201,9095 ha e não apenas sobre 100 ha, como decidiu a sentença, no que foi acompanhada pelo voto vencido.

Considero, por outro lado, que o valor da terra há que ser aquele apurado pela perícia, em que pese a pertinência das críticas que lhe faz o voto vencido, que considera excessivo tal valor. Não vejo, entretanto, com a devida vênia do eminente Desembargador Federal Fagundes de Deus, como aceitar os valores obtidos por funcionário de seu gabinete, sem a observância de procedimentos legais relativos à prova pericial, e sem submissão ao contraditório.

Entendo, ademais, que não há previsão legal que autorize o juiz a produzir provas, nas circunstâncias dos autos, embora lhe caiba “determinar as provas necessárias à instrução do processo” (CPC, art. 130).

Pelo exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

É o meu voto.

**Voto Vogal
Vencedor**

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Senhor Presidente,

superada que está a questão preliminar de incompetência da 3ª Seção, na qual fiquei vencido na Turma, no mérito, ora verifico que tinha razão o Desembargador Federal Fagundes de Deus em considerar exorbitante o valor de R\$ 4.205,00 por hectare de terra nua, inexplorada, no interior do Estado de Mato Grosso. Se é verdade, como disse o Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Relator, que as informações trazidas pelo Desembargador Federal Fagundes de Deus baseiam-se em dados colhidos informalmente, sem contraditório, por outro lado é inegável que os valores apresentados pela perícia fogem à razoabilidade. São notoriamente astronômicos. É, ao que parece, um caso em que a perícia deveria ter sido anulada para que outra se fizesse dentro de parâmetros razoáveis. A esta altura só resta então minorar as conseqüências dessa avaliação que, no meu ponto de vista, mostra-se fora da realidade. De modo que, confirmando meu voto dado na Turma quanto à extensão da área, que efetivamente deve ser considerada de 201 hectares, retrocedo para acolher o valor por hectare indicado pelo Desembargador Federal Fagundes de Deus.

Nesses termos, dou parcial provimento ao pedido nos embargos infringentes.

Voto Vogal Vencido (em parte)

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — Senhor Presidente, peço vênua a Vossa Excelência para divergir pelos fundamentos que passo a aduzir. No meu voto vencido, tive a oportunidade de ressaltar vários aspectos. Vou ler aqueles que considero os mais relevantes:

De logo, nota-se absoluta falta de razoabilidade da pretensão do primeiro apelante, que pretende, além de majorar o valor da indenização, seja ela calculada como se a área indenizável fosse de 201 hectares e não de 100 hectares. Sobre o assunto, constato que a carta de anuência expedida pelo Incra referiu-se a uma área de apenas 100 hectares, o que equivale dizer que o ato administrativo da autarquia federal outorgou, implicitamente, apenas a posse da gleba sobre 100 hectares. Com efeito, o autor, à época, só poderia obter empréstimos bancários para explorar economicamente (efetuar plantio de lavoura) a área de 100 hectares, não mais, porquanto, se ele ultrapassasse esta área para cultivar a terra, estaria cometendo esbulho possessório sobre a outra parte do terreno localizado dentro da gleba de 201 hectares. Em nenhuma parte dos autos há prova de que o Incra, de início, tenha concedido a posse de toda a terra integrante da gleba de 201 hectares. Deduz-se, assim, indefectivelmente, que o autor somente extrairia proveito econômico, resultante do cultivo da área sobre o trato de terra correspondente à carta de anuência que lhe foi conferida pelo Incra (100 hectares). Ademais, não se revela juridicamente razoável, a meu ver, que a pretensão indenizatória alcance, para

uma área de aproximadamente 100 hectares de simples posse, sem nenhuma cultura efetiva nem morada habitual, a fabulosa quantia de R\$ 10.082.061,39 (dez milhões, oitenta e dois mil, sessenta e um reais e trinta e nove centavos), até porque os lucros cessantes, no caso, são manifestamente descabidos.

Prossigo em meu voto:

Conclui-se, pois, que a pretensão recursal deduzida pelo autor, qual seja, o aumento do valor da indenização, é manifestamente descabida, pois, se deferida, implicaria transferência de recursos financeiros de vultosa importância dos cofres públicos para o domínio particular, sem lastro jurídico que para tanto a legitimasse.

Quanto à análise do apelo da autarquia federal, cumpre anotar que ela sustenta a necessidade de reforma integral da sentença sob pena de se permitir o enriquecimento ilícito do autor à custa do erário. Como razões de apelação, alega o Incra, no essencial, que, no caso em exame, o apelado não possuía de fato o exercício da posse do imóvel, objeto da apelação, vez que abandonara o lote, indo residir no Rio de Janeiro, como reconhece o próprio magistrado em sua respeitável sentença recorrida. A razão pela qual o imóvel não fora titulado é justamente o fato do total abandono da parcela que culminou com a retomada sumária do lote por absoluta ausência de moradia e exploração, requisitos precípuos e basilares da titulação definitiva do imóvel rural sujeito à colonização oficial. Em que pese a autarquia apelante entender, à luz da legislação, que o recorrido não fazia jus à parcela, tendo em vista que a abandonou, conforme mencionado, mas visando cumprir a decisão proferida no mandado de segurança e ante a impossibilidade de ser reintegrado no mesmo lote, em face de já estar ocupado por outro assentado, com considerável montante de benfeitorias, e estar totalmente explorado, tornando-se irreversível a situação. Sendo assim, o Incra procurou empreender todos os esforços para dar cumprimento imediato à ordem judicial, inclusive oferecendo outros lotes no mesmo projeto de assentamento e até em regiões mais privilegiadas na época, dentro do Estado do Mato Grosso, segundo consta de fls. 53 e 46 dos autos, mas os esforços foram infrutíferos, havendo a recusa peremptória por parte do apelado. Ironicamente, o apelado, sabedor das normas que regulamentam as atividades de assentamento, bem como da instituição, visto tratar-se de ex-servidor da autarquia apelante, propôs receber em troca outro lote, desde que fosse no Município de Arinos, Estado de Minas Gerais, portanto, fora da jurisdição dessa superintendência regional. Ante a recusa do apelado, após exaustivas tentativas de contornar o impasse, em face da irreversibilidade da parcela, o Incra concluiu que sua pretensão não era, e nunca foi, trocar a vida na “cidade maravilhosa” pelo pacato povoado rurícola naquele Estado, até porque jamais pretendeu fixar residência no Estado de Mato Grosso, e sim receber um “prêmio” através de injusta indenização. No caso em tela, como o apelado nunca explorou o imóvel, este não sofrera nenhum dano patrimonial a ser repostado pela autarquia apelante. Se nada produzia, cultivava ou criava no imóvel, que dano real sofreu? Dessa maneira, a autarquia assevera ser inteiramente infundada a parte expositiva da sentença que a condenou ao pagamento da importância de

R\$ 169.828,81 (cento e sessenta e nove mil, oitocentos e vinte e oito reais e oitenta e um centavos), corrigida pelo INPC, acrescida de juros compensatórios, moratórios e demais consectários jurídicos.

Continuo o voto que estou sustentando:

De fato, conforme registrou o eminente Relator no seu voto, o autor não tinha na área nem benfeitorias, nem semoventes, nem cultura efetiva, nem moradia. Apesar disso, a perícia judicial, como já ressaltado, fixou o valor da indenização pela terra nua em R\$ 849.144,08 (oitocentos e quarenta e nove mil, cento e quarenta e quatro reais e oito centavos) pelos lucros cessantes, chegando ao valor total e astronômico de R\$ 10.082.061,39 (dez milhões, oitenta e dois mil, sessenta e um reais e trinta e nove centavos), montante este, repito, calculado em novembro de 1995. Ocorre que, apesar de o trato de terra, objeto da carta de anuência outorgada ao autor, não conter 201 hectares, como já dito, a perícia consignou para essa área o valor da indenização em R\$ 849.144,00 (oitocentos e quarenta e nove mil e cento e quarenta e quatro reais). Nessas circunstâncias, constata-se, com base na perícia, que cada hectare – medida agrária correspondente a apenas dez mil metros quadrados – foi avaliado em R\$ 4.205,56 (quatro mil, duzentos e cinco reais e cinqüenta e seis centavos), isso em novembro de 1995, somente para a terra nua. Já foi mencionada aqui a conversão do valor em dólares dos hectares, que representou, na época, US\$ 4.349 (quatro mil, trezentos e quarenta e nove dólares) por hectare de terra nua, em região descampada, sem benfeitorias. Cabe, então, nesse passo, uma séria indagação: em quais regiões do País se encontrarão terras tão valorizadas, cujo hectare custa US\$ 4.349,07 (quatro mil, trezentos e quarenta e nove dólares e sete centavos)? Parece-me seguro que no Brasil somente em áreas bem próximas às dos grandes centros urbanos tal ocorreria. Nessa perspectiva, constitui-se um grande paradoxo atribuir quantia tão vultosa a essa diminuta extensão de terra, dada a circunstância de localizar-se em uma região bastante distanciada dos grandes centros urbanos, onde, aí, sim, as terras são altamente valorizadas, precisamente em razão do binômio procura – oferta. Sendo assim, entendo que o laudo pericial não encerra credibilidade e respeitabilidade, pois não guarda a imprescindível fidedignidade com a real situação da terra então submetida à perícia. Ora, o senhor perito não se valeu de critérios puramente objetivos e de elementos concretos para chegar ao valor do terreno por ele apurado. Explico melhor. Ele fez o laudo de acordo com projeções de safras ou de produtividade, levando em conta essencialmente o suposto crescimento potencial do Município e o desenvolvimento econômico da região, de acordo apenas com as lacônicas previsões feitas pela prefeitura local, sem se ater a dados técnicos, firmando-se, portanto, tão-somente em projeções de investimentos públicos e privados e planos de expansão da área urbana, conforme se vê nas declarações de fls.172/173.

Como se vê, o perito, realmente, elaborou seu laudo com base em projeções. Logo, deduzo, em razão da alta quantia por ele apurada, que houve, por sua parte, clara intenção de beneficiar o autor.

Ora, o laudo reflete, por tais razões, erro palmar, ao apurar preço atual, con-

temporâneo, com base em projeções, sem data precisa para a implementação de investimentos públicos e planos de expansão da área urbana. Assim, como seria possível saber se a prefeitura disporia, e quando, de orçamento para promover as projetadas melhorias e a expansão urbana consideradas pelo perito em sua avaliação? Baseando-se em projeções tão aleatórias, o perito estabeleceu preços tão estratosféricos. Daí por que resultou numa avaliação da área em apreço de tamanha exorbitância. Tal demasia no preço fixado pelo perito ainda mais se avulta dada a circunstância de o parceleiro apelado nunca haver explorado a parcela, nada tendo produzido ou cultivado. Isso está claro nos autos. É evidente. Está provado. É fato incontroverso. Dessarte, nenhum dano patrimonial em concreto lhe foi infligido pelo Incra, de modo que lhe tenha de ser repostos.

Nesse passo, transcrevo os seguintes trechos do laudo pericial e das respostas para alguns quesitos formulados pelo autor: “Os valores atribuídos à terra nua são aqueles correntes no mercado imobiliário no ano de 1995, cuja progressão/regressão compatibiliza o crescimento da sede do município e desenvolvimento da economia regional. Os valores atribuídos aos lucros com a lavoura de soja foram baseados nos valores ocorridos, ano a ano, no Município de Lucas do Rio Verde, de acordo com as variações do preço do mercado, produtividade e custo de produção”. Tenho de abrir parênteses aqui: ele não plantou nada; ele não cultivou nada, não havia gado, no entanto, foi feita a projeção da produtividade de soja que ele, autor, auferiria se a plantasse.

Continua o perito: “Com a necessidade de diversificação de produção ocorridos pelos idos de 1988 surgem novas atividades como a suinocultura” – isso é mencionado pelo perito para justificar o estratosférico valor que ele fixou no seu laudo –, “a produção de olerícolas, em especial o cultivo, em larga escala, de tomate, com projeto de industrialização, conforme informações da própria prefeitura, a cultura de inverno, a safrinha e outras atividades ainda incipientes (fls. 143 dos autos). Há que se considerar que o valor da terra nua da área em estudo aumenta na razão direta do desenvolvimento econômico da região e da expansão da área urbana de Lucas do Rio Verde em direção ao lote 4, o que fica bem demonstrado em certidão anexa da prefeitura, em que o crescimento da cidade para esses lados é iminente (fls. 188).”

O oitavo quesito do autor: “Existe tendência de crescimento ou expansão do núcleo urbano e industrial da cidade de Lucas do Rio Verde, Mato Grosso, em direção ao lote 4 do setor 2?” é respondido pelo perito da seguinte forma: “Sim. Existe essa tendência, estando já implantado, desde 1994, um loteamento ao lado da área em apreço, conforme se depreende da certidão anexa da prefeitura municipal de Lucas do Rio Verde”.

O autor pergunta: “Há projetos ou, pelo menos, por presunção geral de investimentos públicos e/ou privados visando ao progresso e ao crescimento, quer demográfico, quer industrial, quer comercial desse distrito-sede, com conseqüente

valorização no mercado imobiliário, especificamente da área enfocada na presente ação e que, em face à negativa do Incra em nela reintegrar o autor, motivo da presente ação indenizatória?” Segue-se resposta do perito: “Sim, conforme certidão fornecida pela prefeitura de Lucas do Rio Verde. Ou seja, projetos, presunção geral de investimentos públicos e privados visando ao progresso e ao crescimento demográfico e industrial.”

Na continuação do meu voto, disse que:

Como se vê, são respostas dadas não em face de uma realidade já existente, mas de situações puramente abstratas resultantes, no essencial, de projeções, que, aliás, não estão provadas, pois o laudo se refere a meras declarações expedidas pela prefeitura do Município. De se acrescentar que, mesmo que os valores obtidos pela perícia fossem factíveis, ainda assim o perito não levou em consideração os custos financeiros e operacionais do empreendimento, tais como juros de empréstimo bancário, desmatamento do terreno, remoção da vegetação e das raízes, preparo do solo com máquinas agrícolas, despesas com insumos, *verbi gratia*, sementes, adubos, herbicidas, mão-de-obra e maquinaria para o plantio, colheita e eventual despesa com o escoamento da produção. Nem adicionei, aqui, eventual frustração parcial da safra, que, na hipótese de diminuição das chuvas, pudesse vir a acorrer. Logo, como é que vou estimar o valor da soja que o autor (que não cultivou a parcela) colheria, em tese, sem deduzir as quantias relativas aos insumos? Que qualificação ostenta um laudo como esse? Absolutamente desarrazoado! Não posso nem avaliar como os procuradores do Incra, à época, não impugnaram fundamentadamente o laudo, se é que não o fizeram, porque não me lembro se tal ocorreu.

Continuo, ainda, no meu voto, a asseverar que:

De tal sorte, embora não considere inválida a perícia em si, reputo de todo recusável, pelos motivos apontados, o preço da terra nua e demais valores levantados pela perícia, pois o critério adotado se acha absolutamente divorciado da realidade fática existente à época e no local. Como é sabido, o juiz não está adstrito ao laudo pericial (CPC, art. 436). Acrescento que o CPC, em seu art. 131, dispõe que: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento”. Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do STJ e deste Tribunal, como se vê nas ementas a seguir transcritas. (...)Tendo presente a indiscutível preponderância do interesse público sobre o particular e visando, de um lado, chegar a uma quantia que reflita justa indenização para o prejudicado e, de outro lado, preservar o erário de dispêndios financeiros eventualmente indevidos, até porque o direito pertencente aos entes estatais é indisponível, promoveram-se levantamentos atualizados de preços de terras no Município de Lucas de Rio Verde em Mato Grosso, realizados por este gabinete, perante corretoras de imóvel daquela região, bem como do Distrito Federal, os quais faço juntar nestes autos.

Acrescentaria, ainda, o seguinte esclarecimento: solicitei ao meu chefe de gabinete, que é economista e bacharel em Direito, que efetuasse o levantamento desses dados, e ele o fez não apenas nesses Municípios. Pedi, no entanto, que fossem juntados apenas aqueles realizados perante corretoras de imóveis no Distrito Federal e na região do Município de Lucas do Rio Verde, não obstante tenha solicitado que ele fizesse levantamento em outras regiões para confrontar os preços. Portanto, cabe indagar se um funcionário, com dois cursos superiores, de confiança absoluta do Desembargador que proferiu voto-vista, não seria portador de fé pública, para efetuar os aludidos levantamentos de preços e certificar nos autos. E o funcionário da Justiça, cujas declarações são revestidas de fé pública, não poderia desincumbir-se dessa tarefa, certificando no bojo dos autos o resultado de sua pesquisa, efetuada criteriosamente? Diria que nem é necessário que nós, magistrados, sejamos proprietários de imóveis rurais, para conhecermos, em linhas gerais, a realidade do mercado imobiliário a nossa volta.

Afirmaria, outrossim, que não apenas no âmbito do processo penal, como, também, no do processo civil, se deve buscar a verdade real acerca dos fatos e da causa, máxime em casos como o presente, o que implica a imprescindibilidade de encontrarmos o preço justo, legítimo de um imóvel rural para fins de fixar a indenização respectiva.

O art. 131 do Código de Processo Civil, cujo texto também foi transcrito no meu voto, consubstancia o princípio da livre apreciação da prova, ao dispor que: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes” – eu grifo: *ainda que não alegados pelas partes* –, “mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram convencimento”. Estou dando os motivos pelos quais eu formei meu convencimento para fixar o valor que, ao final, está declinado no meu voto.

Por isso, consignei, no meu voto, que:

Acresce observar que tais informações foram obtidas por funcionário público concursado, lotado neste gabinete, o qual, por isso mesmo, é portador de fé pública para certificar a apuração dos preços contemporâneos do imóvel na região.

Ante o exposto, divirjo do voto do eminente Desembargador Antônio Ezequiel quanto à área indenizável, que, a meu sentir, deve-se ater a 100 hectares, e, também, como já expus, quanto ao valor justo da indenização, que julgo deva ser apurada com base na quantia de R\$ 1.100,00 (mil e cem reais) por hectare para o valor da terra nua, de acordo com o valor médio de avaliação de terra de primeira categoria, conforme acima referido, obtido em imobiliárias do Município de Lucas do Rio Verde e no Distrito Federal. De outro lado, não se tratando de caso de domínio, mas, sim, de posse, acompanho o Relator na parte em que estabelece uma proporcionalidade entre a posse e a

propriedade e declara que a indenização seja fixada em 40% do valor do bem, perfazendo, pois, o montante de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), tal quantia está sujeita à correção monetária a partir desta data, tendo presente que o valor do hectare já se encontra devidamente atualizado em face dos preços hoje vigentes e a juros de mora contados da citação, uma vez que, como já dito, é compatível com o caso dos autos, qual seja, a perda pelo autor de uma simples posse sobre uma área de terras não beneficiadas, cujo efetivo exercício não havia sequer iniciado, ou seja, não existia o mínimo de cultura e moradia no local, então, por isso mesmo, achava-se em seu estado primitivo. O laudo pericial baseou-se apenas na circunstância adversa, imposta ao autor pelo Incra, da perda da posse da parcela, na qual ele, em tese, iria exercer o cultivo de soja. Com base nisso, o perito apurou essas quantias, para mim, *data venia*, consideradas extremamente extorsivas.

Por essas considerações, *data venia*, mantenho meu voto e, nesta oportunidade, dou provimento aos embargos infringentes.

Aditamento e Ratificação de Voto Vencido

O Exmo. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Quero dizer que, como dei expresso, concordei e concordo inteiramente com as críticas que o eminente Desembargador Fagundes de Deus fez à perícia. O que entendi e ora ratifico é que não se pode ou, pelo menos, no meu entendimento, não é possível considerar outros valores obtidos unilateralmente como foi feito pelo eminente Desembargador Federal que proferiu o voto vencido. Sua Excelência se refere ao art. 131 do Código de Processo Civil ao dizer que o juiz apreciará livremente a prova atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes. Ora, no caso, com a devida vênia, o eminente Desembargador Federal Fagundes de Deus apreciou a causa trazendo para os autos fatos novos que não constavam do processo como veio a julgamento neste Tribunal. Assim, com a devida vênia, também não adiro a esse argumento. Vejo aqui em nota ao art. 131 do Código de Processo Civil, feita por Theotônio Negrão, o seguinte: “Se o juiz que profere a sentença julga segundo o conhecimento próprio dos fatos ou de parte deles, o processo é nulo, pois não se tratando de máxima de experiência ou de fato notório, atua como testemunha extrajudicial, estando impedido de exercer suas funções jurisdicionais ante a ausência de pressuposto processual da imparcialidade.”

Portanto, mantenho o meu voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Juiz Francisco Neves da Cunha: — Senhor Presidente, em que pese fixar-me no preço estudado e muito bem referido pelo eminente Desembargador Federal que teve o seu voto vencido, de R\$ 1.100 reais, considero que a indenização deva ser dada nos termos do voto do eminente Desembargador Federal Antônio Ezequiel, não sobre 100 hectares apenas, mas sobre 201,9095 (duzentos e um hectares nove mil e noventa e cinco centiares), em face de ação havida que fixou essa área indenizável, conforme está aqui nos autos, em que o eminente Relator, Antônio Ezequiel, assim se refere: “Assim, se o referido lote mede 201,9095 (duzentos e um hectares nove mil e noventa e cinco centiares), não há por que indenizar apenas a posse sobre 100 hectares por ter sido essa área mencionada na carta de anuência, a qual, como é sabido, não é instrumento de outorga de posse e continha no particular declaração não verdadeira diante da área real do lote.” Portanto, fixo-me em 40% do valor de 201,9095 (duzentos e um hectares, nove mil e noventa e cinco centiares) ao preço de R\$ 1.100,00, conforme muito bem explanado pelo eminente Desembargador Federal, que foi voto vencido.

Dou parcial provimento.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Juiz Leão Aparecido Alves: — Senhor Presidente, no caso não está em causa o cumprimento da sentença do mandado de segurança, por isso não me estou vinculado à fundamentação utilizada pelo juiz para o deferimento dele. Por outro lado, de acordo com a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, que nesta parte foi acolhida pelo legislador, ao editar a Lei 9.784, de 1999, cujo art. 53 estabelece que a Administração deve anular os seus próprios atos quando eivados de vício de ilegalidade, e é a seguinte a parte que se aplica ao presente caso, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. Na época dos fatos não estava em vigor a Lei, que é de 1999, evidentemente, mas a Súmula 473 tem, neste ponto, a mesma dicção e nela se diz que a Administração pode revogar seus próprios atos por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada em todos os casos a apreciação judicial. Neste caso, então, não havia direito adquirido algum do embargado à aquisição da propriedade do lote, porque o Incra não estava obrigado por lei a destinar determinada área a ele nem a outro beneficiário do projeto de assentamento, de reforma agrária ou de colonização, conforme o caso. O voto de Vossa Excelência é absolutamente técnico no particular, no entanto, considerando que o juiz, de acordo com o art. 131 do Código de Processo Civil, pode apreciar livremente a prova, penso que o voto do eminente Desembargador Federal Fagundes de Deus ao apreciar a perícia e chegar à conclusão, fundamentadamente, ele leu expressivas passagens do voto demonstrando que a perícia se afastou com-

pletamente dos critérios de objetividade a que ela deve estar sujeita para merecer credibilidade por parte dos juízes; sendo assim, eu também não tenho dúvida, *data venia* do brilhante voto de Vossa Excelência, de afastar a perícia neste caso. E lembro também que o eminente Desembargador Federal João Batista Moreira demonstrou, e eu acolho esta fundamentação, que a fixação da indenização pela revogação da carta de anuência com base em percentual incidente sobre a terra nua não tem razoabilidade, porque não há uma relação de necessária proporcionalidade entre o tamanho da área e o proveito econômico que dela o proprietário pode retirar, porque isso depende de investimentos, de cuidados com a terra, inclusive do clima, como bem lembrou o Desembargador Fagundes de Deus. Por isso, não tenho dúvida em afastar o laudo pericial.

Por outro lado, o fato de o Desembargador Fagundes de Deus haver considerado no seu voto valores que foram obtidos sem que tenha sido dada a oportunidade de o embargado contraditar os valores obtidos e trazidos para os autos, no entanto, eles não são valores que foram criados pelo juiz a partir de dados subjetivos, como fez o perito, nem se trata da opinião pessoal do juiz, mas dados que ele recolheu e indicou a fonte. Desta forma, *data venia*, não vejo violado o art. 131 do Código de Processo Civil, porque, atendendo aos fatos da causa, ele relatou os fatos, o embargado não residiu no imóvel, não fez sequer uma choupana, não derrubou mata, não fez uma pastagem, não fez uma cultura, um pomar, nada, e esses são os fatos que foram constatados e as circunstâncias da causa que foram analisadas pelo voto do Desembargador Federal Fagundes de Deus.

Dessa forma, entendendo que aqui e em razão da falta de outros elementos objetivos constantes dos autos e não tendo sido anulada a perícia, nem podemos agora anulá-la, a meu ver o caso seria o de anular a perícia, naquela época, agora tarde demais, trata-se de uma indenização por estimativa e, no meu ponto de vista, o embargado não mereceria indenização alguma, sou compelido a aderir ao voto do eminente Desembargador Federal Fagundes de Deus, fixando a indenização no valor por ele proposto, porque ela, ao contrário da indenização proposta pelo perito, pelo menos se baseia em elemento mais objetivo que seria o valor da terra nua e fazendo incidir uma indenização sobre essa terra, embora eu entenda que não há uma relação de proporcionalidade necessária entre a área e o proveito que ele poderia retirar. Tendo em vista que a indenização fixada pelo perito não se baseou em elementos objetivos, e o eminente Desembargador Federal exatamente demonstrou as predições feitas pelo perito quanto ao desenvolvimento econômico da região e etc., que poderia elevar o valor que o embargado, se tivesse explorado o imóvel, poderia obter e que ascenderia a dez milhões de reais.

Por outro lado, considerando que o valor fixado pelo Desembargador Federal Fagundes de Deus tem essa nota de objetividade por estar baseada em dados

concretos e objetivos, entendo que deve prevalecer sobre a indenização proposta pelo perito. Por outro lado, também entendo que, com a devida vênia do eminente Desembargador Federal João Batista Moreira, do Juiz Francisco Neves da Cunha e da Juíza Gilda Sigmaringa Seixas, que a área a ser indenizada é a de 100 hectares, porque era sobre essa área de 100 hectares que existia a carta de anuência, pouco importa que o Incra, que a área efetivamente existente tenha sido de 201 hectares, porque não se tratou de venda *ad corpus*, parece ter sido mais *ad mensuram*, mas, de qualquer modo, como o que ele poderia pleitear efetivamente eram os 100 hectares e não os 201 hectares, entendo que o valor a ser fixado deve ser sobre os 100 hectares.

Peço vênia, é sempre um desconforto divergir dos colegas e em especial dos eminentes Desembargadores Federais Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira e dos colegas Francisco Neves da Cunha e Gilda Sigmaringa Seixas, para acompanhar o voto do Desembargador Federal Fagundes de Deus.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Juíza Gilda Sigmaringa Seixas: — Senhor Presidente, voto pelo parcial provimento.

Quarta Seção

Embargos Infringentes na Apelação Cível

2002.39.00.003573-4/PA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Apelante: Clínica do Bebê S/C Ltda.

Advogados: Dra. Camilla Mourão Rubin e outros

Apelada: Fazenda Nacional

Advogado: Dr. Pedro Câmara Raposo Lopes

Embargante: Fazenda Nacional

Embargado: Venerando acórdão de fls. 218

Publicação: DJ 2 de 20/05/05

Ementa

Processual Civil e Tributário. Cofins. Isenção (art. 6º, II, da LC 70/91). Revogação (Lei 9.430/96). Súmula 276 do STJ. Prestadora de serviços médicos: quadro social composto também por engenheiro. Embargos infringentes providos: prevalência do voto

vencido apenas por sua conclusão.

I. Em sede de embargos infringentes, a matéria a ser reapreciada se restringe tão-somente a que foi objeto da divergência, mesmo em se tratando de desacordo parcial, consoante o art. 297 do RI/TRF1.

II. A questão é de aplicação ou não da Súmula 276 do STJ, que reza: “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado.”

III. Embora nenhum membro da Corte desconheça a jurisprudência do STF no sentido de que lei ordinária pode alterar disposição que, embora posta em lei complementar, não é de natureza complementar material, a 4ª Seção do TRF1, no julgamento, em 09/06/04, da AR 2003.01.00.007673-6/MG, entendeu por bem, ainda que por maioria, prestigiar a então recente Súmula 276 do STJ.

IV. Em respeito à livre convicção de cada juiz membro do Colegiado, a praxe consagra a fórmula de o entendimento contrário ser objeto de “ressalva”, sem, contudo, confronto com a jurisprudência assentada pelo órgão julgador maior, em nome até da boa ordem nos Tribunais e, sobretudo, no propósito de se evitar insegurança jurídica aos jurisdicionados e às instâncias inferiores.

V. Seja porque a Seção é composta por duas Turmas e, por isso, órgão julgador hierarquicamente a elas superior; seja porque, em Tribunal, julgador é o Colegiado, não, como na 1ª instância, que é monocrático (o próprio juiz), a jurisprudência da Seção, nos termos regimentais, é vinculativa para os órgãos fracionários que a compõem, decorrência natural de sua função uniformizadora da jurisprudência no seu nível.

VI. Apesar de, aparentemente, ser hipótese para a rejeição dos embargos, haja vista a primazia que se tem dado à Súmula 276 do STJ (*si et in quantum*), a circunstância de haver no quadro social da autora sócio cuja profissão (engenheiro), embora regulamentada, é de todo estranha aos objetivos sociais da sociedade (prestação de serviços médicos) e à profissão dos seus demais membros (médicos) impede o reconhecimento da isenção, não havendo sequer prova nos autos de seu eventual desligamento ou, se ele ocorreu, em que data, o que forceja, *in casu*, a prevalência da “conclusão” do voto vencido.

VII. A sociedade civil integrada por sócio que não seja profissional de profissão regulamentada em área afim ao seu objeto social, embora registrada em Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não é destinatária da isenção do art. 6º, II, da LC 70/91 nem abrigada pela Súmula 276/ STJ (REsp 663.370/CE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª T, ac. un., DJ 03/11/04, p. 198)

VIII. A amplitude dos embargos ou “a matéria objeto de divergência” (art.

530 do CPC) se delimita pela conclusão do voto vencido, não por seus fundamentos.

IX. Embargos infringentes providos para, fazendo prevalecer o voto vencido apenas por sua conclusão, negar provimento ao apelo da autora.

X. Peças liberadas pelo Relator, em 30/03/05, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a 4ª Seção dar provimento aos embargos infringentes por unanimidade.

4ª Seção do TRF-1ª Região – 30/03/05.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Por embargos infringentes opostos em 21/10/04 (fls. 233/7), a embargante pede a reforma do acórdão majoritário da 8ªT/TRF1, que, em julgamento de 14/09/04 (fls. 218), nos termos do voto da Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, vencido o Des. Federal Leomar Amorim, deu provimento, em parte, ao apelo da autora, *reformando*, assim, a sentença de improcedência da MMA. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath, da 2ª Vara/PA, datada de 19/12/02 (fls. 148/152), na AO 2002.39.00.003573-4, em que a autora, sociedade civil de prestação de serviços profissionais, objetivava eximir-se da Cofins, ao argumento de que ilegítima a revogação da isenção prevista no art. 6º, II, da LC 70/91 pelo art. 56 da Lei 9.430/96. O acórdão assim dispôs (fls. 218):

(...). Isenção. Sociedades civis prestadoras de serviços profissionais. Art. 6º da LC 70/91. (...). Revogação do benefício fiscal. Lei 9.430/96. Violação ao princípio da hierarquia das leis. Compensação. Possibilidade.

1 – Não pode o Parecer Normativo 3/94, a pretexto de avaliar o alcance de lei complementar, fazer incidir contribuição social sobre o faturamento do impetrante, sob pena de violarem-se os princípios da legalidade e da estrita legalidade.

2 – A lei complementar é espécie normativa hierarquicamente superior à lei ordinária, independentemente da matéria que regula, e, portanto, não poderá ser revogada por lei ordinária.

3 – O art. 56 da Lei 9.430/96 viola, portanto, o princípio da hierarquia das leis, posto que pretende revogar isenção concedida às sociedades civis prestadoras de serviços profissionais pela Lei Complementar 70/91.

4 – Está autorizada a compensação de créditos decorrentes do recolhimento indevido a título de Cofins com qualquer tributo arrecadado e administrado pela Secretaria da Receita Federal, ainda que o destino das arrecadações seja outro.

A embargante (FN) pugna pela prevalência do voto vencido (fls. 212/6):

forçoso é concluir que a disposição contida no art. 6º da LC 70/91 é, materialmente, lei ordinária e, como tal, pode ser alterada, modificada, revogada ou ab-rogada por ato legislativo de idêntica hierarquia, é dizer, por lei ordinária, lei delegada ou medida provisória.

Sem embargo de pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário a tal posição, cumpre deixar assente que a última palavra acerca do tema, dada a sua índole constitucional, é do Supremo Tribunal Federal.

(...)

Contra-razões a fls. 239/250, evocando a Súmula 276/STJ.

Os autos me foram distribuídos em 10/03/05.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Em sede de embargos infringentes, a matéria a ser reapreciada se restringe tão-somente a que foi objeto da divergência, mesmo em se tratando de desacordo parcial, consoante o art. 297, *in fine*, do RI/TRF-1ª Região.

No caso, a questão é de aplicação ou não da Súmula 276 do STJ, que reza “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado.”

Embora nenhum membro da Corte desconheça a jurisprudência do STF no sentido de que lei ordinária possa alterar disposição que, embora posta em lei complementar, não é de natureza complementar material, esta 4ª Seção, no julgamento, em 09/06/04, da AR 2003.01.00.007673-6/MG, entendeu por bem, ainda que por maioria, vencido o próprio Des. Federal Leomar de Barros Amorim, prestigiar a então recente Súmula 276 do STJ, nestes termos:

(...) *Ação rescisória. Sociedades civis prestadoras de serviços profissionais. Revogação da isenção da Cofins (art. 6º, II, da LC 70/91) pelo art. 56 da Lei 9.430/96. Matéria com viés infraconstitucional e constitucional.*

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Ezequiel da Silva, Leomar Barros Amorim de Sousa, Catão Alves e Carlos Fernando Mathias. Ausente, justificadamente, a Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso.

Prestígio si et in quantum da Súmula 276 do STJ: quebra da hierarquia das leis. Pedido rescisório procedente.

1 – (...), o caso em tela admite temperamentos, pois o STJ e mesmo o STF admitem que o tema detenha duplo viés (constitucional e inconstitucional), em ordem a que afastado óbice nela previsto.

2 – Embora haja situação de aparente perplexidade, pois, no meio do debate, há a Súmula 276 do STJ (DJ 02/06/03), entendendo que a Lei 9.430/96 não poderia revogar a isenção contida na LC 70/91 em favor das sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada – porque, assim o fazendo, ofenderia a hierarquia das leis; e, por outro prisma, há a posição do STF na ADC 1-1/DF (DJ 16/06/95), de que, por possuir, a LC 70/91, perfil de lei ordinária, ela seria passível de alteração por outra norma meramente ordinária, o tema de fundo (tributário) reclama uniformidade para que atendido o princípio da isonomia, por isso que contraria a ordem jurídica e a sua estabilidade que iguais, nas mesmas condições e situações, se sujeitem a regime tributário diversificado sem causa legal bastante.

3 – Em tema tributário, com esteio em seus princípios mais basilares, dando-se especial relevância ao da isonomia (art. 150, II, da CF/88: “(...) é vedado (...) instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente (...)”), não se pode reputar razoável ou de boa técnica jurídica aquela decisão que, no caso, “dá por revogada isenção” que outros julgados ainda têm como eficaz, assim privilegiando sociedades outras da mesma identidade jurídica da autora. Se lei distinção não poderia fazer, decisões judiciais também não o poderiam.

4 – A lei tributária tem de ser aplicada uniformemente para todos, não se admitindo, sob pena até do desprestígio da decisão judicial, qualquer diversidade interpretativa que resulte, na prática, em tratamento não isonômico, que não tem nem pode ter a guarida constitucional da coisa julgada.

5 – Incidência, *si et in quantum*, da Súmula 276 do STJ: “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime jurídico adotado”.

6 – Pedido rescisório procedente: segurança concedida. (TRF1, 4ªS, AR 2003.01.00.007673-6/MG, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, DJ 07/07/04, p. 10)

Em respeito à livre convicção de cada juiz membro do Colegiado, a praxe consagra a fórmula de o entendimento contrário ser objeto de “ressalva”, sem, contudo, confronto com a jurisprudência assentada pelo órgão julgador maior, em nome até da boa ordem nos Tribunais e, sobretudo, no propósito de se evitar insegurança jurídica aos jurisdicionados e às instâncias inferiores.

Sem embargo, pois, do judicioso voto vencido, cujo conteúdo é por demais conhecido de todos os membros desta Corte, ele não espelha a orientação jurisprudencial deste Colegiado maior.

Seja porque a 4ª Seção é composta das 7ª e 8ª Turmas e, por isso, órgão julgador hierarquicamente a elas superior; seja porque em Tribunal o julgador é o Colegiado, não o juiz que o integre, ao contrário da 1ª instância, em que o órgão julgador é monocrático – o próprio juiz –, a jurisprudência da Seção, nos termos regimentais, enquanto não alterada, é vinculativa para os órgãos fracionários que a compõem, decorrência natural de sua função uniformizadora da jurisprudência no seu nível.

Os embargos da Fazenda Nacional, portanto, deveriam ser, em princípio, rejeitados.

Ocorre, todavia, que, reexaminando o caso, encontrei motivos pelos quais a autora não pode fruir da postulada isenção.

Com efeito, a autora, embora sociedade prestadora de serviços médicos (pediatria e ambulatório – fls. 118/120) registrada desde 28/07/93 no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas de Belém/PA, foi constituída originariamente por 2 (dois) médicos e por 1 (um) profissional de área não afim ao seu objeto social: o engenheiro Paulo Ricardo de Oliveira Veras.

A ação foi ajuizada em 07/05/92 para o fim de a autora ser eximida da Cofins e para fins de repetição do indébito desde 1994 (Parecer Normativo 3/94). Não há prova de que aludido profissional não médico se tenha afastado da sociedade e, se tal fato houve, quando teria ocorrido sua exclusão do quadro social.

O fato tem relevância, porque o art. 6º, II, da LC 70/91 prevê a isenção das sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei 2.397, de 21/12/87, que textualiza: “....*sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no País.*” (grifei)

A jurisprudência do STJ orienta no sentido da necessidade de observar-se se o sócio tem habilitação legal para exercer a atividade do objeto social da empresa, o que, evidentemente, não é o caso, porque a prestação dos serviços de profissão regulamentada é restrita ao profissional da área:

(...). Cofins. Isenção. Sociedades prestadoras de serviço profissional legalmente regulamentada. Não-comprovação. (...).

1. Esta Corte já firmou o entendimento, consagrado inclusive na Súmula 276/STJ, de que as sociedade civis prestadoras de serviços profissionais continuam isentas da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins). Entretanto, para que a sociedade se beneficie dessa isenção deve ter por objetivo a prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada.

(...) (STJ, 2ªT, REsp 663.370/CE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, un., DJ 03/11/04, p. 198).

Exclusivamente por esse fundamento os embargos merecem ser providos.

A prevalência do voto vencido se baliza, tão-só, por sua conclusão, não por seus fundamentos ou por sua motivação:

Ao apreciar os embargos infringentes, o órgão julgador não fica adstrito à motivação do voto ensejador do recurso (RSTJ 46/343). Ou seja: “A amplitude dos embargos prende-se à conclusão do voto vencido, não a seus fundamentos”. (RSTJ 106/241) (Fls. 553 do *Código de Processo Civil e (...)* de Theotônio Negrão, Ed. Saraiva, 30ª ed.)

Este, o precedente de reforço:

Processual Civil. Embargos infringentes. Limites. Violação ao art. 530 do CPC. Precedentes.

1 – Na esteira do entendimento adotado neste Tribunal, os embargos infringentes são cabíveis para sustentar a conclusão do voto vencido, mas pode o embargante utilizar-se de fundamento diverso daquele que embasou o voto minoritário. (STJ, 2ªT, REsp 545.457/RN, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 1º/02/05, p. 484)

Pelo exposto, dou provimento aos embargos infringentes para, fazendo prevalecer o voto vencido apenas por sua conclusão, negar provimento à apelação da autora.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Senhor Presidente, tenho votado no sentido de acompanhar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no que tange à questão de fundo, dando aplicação à Súmula 276 da sua jurisprudência, mas também considero que aquela súmula refere-se às sociedades estritamente prestadoras de serviços profissionais, que não podem ser confundidas com meras prestadoras de serviços, quando os seus sócios não sejam da mesma categoria profissional, ou quando algum deles não tenha, por sua profissão, relação com o objeto social. No caso de que ora se trata, não se demonstrou, não se justificou a presença desse engenheiro no quadro social com outros profissionais de área diversa.

Portanto, acompanho o Relator pelo seu voto, dando provimento aos embargos não pela fundamentação básica do voto vencido, mas pela sua conclusão.

Primeira Turma

Apelação Cível

2002.34.00.000514-1/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado

Apelante: União Federal

Procurador: Dr. Antenor Pereira Madruga Filho

Apelado: Armando Marques da Silva

Advogada: Dra. Edylcea Tavares Nogueira de Paula

Publicação: DJ 2 de 09/05/05

Ementa

Processual Civil e Administrativo. Execução de sentença que condenou a União a indenizar servidor por licenças-prêmio não gozadas. Cálculos com vinculação à remuneração do exequente. Retificação. Litigância de má-fé. Não-ocorrência.

I. Configurada divergência entre o determinado na sentença exequenda e os cálculos apresentados, por inserir valores referentes à remuneração e não ao cargo efetivo do servidor, nos termos do art. 87 da Lei 8.112/90, vigente até 1997, deve ser retificado o cálculo para excluir as rubricas não integrantes do cargo efetivo do servidor.

II. Não estando demonstrado nos autos as suspensões dos períodos aquisitivos do autor, fica considerado o período de 16 (dezesesseis meses), conforme informação da contadoria judicial.

III. Não-ocorrência de litigância de má-fé, ante a ausência de resistência injustificada ao cumprimento do julgado, tendo em vista a existência de controvérsia sobre as parcelas a serem incluídas para efeito de cálculo da indenização das licenças não gozadas.

IV. Apelo parcialmente provido.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, dar parcial provimento à apelação.

1ª Turma do TRF-1ª Região – 14/12/04.

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Trata-se de recurso de apelação interposto pela União contra sentença que rejeitou os embargos do devedor e aceitou os cálculos apresentados pelo exequente.

Alega o apelante que há excesso de execução, tendo em vista que houve erro na apuração das diferenças devidas, considerando que a utilização do valor líquido percebido pelo embargado em outubro de 1996 estaria majorado de rubricas, que se fossem convertidas em espécie na data da aposentadoria não seriam computadas.

Contra-razões a fls. 95/100.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — As questões deduzidas no recurso da União envolvem a análise dos cálculos apurados, bem como a inclusão ou não de rubricas percebidas pelo apelado, quando, em atividade, como base de apuração dos valores devidos.

Determinei a remessa dos autos à Contadoria deste Tribunal a qual prestou as seguintes informações:

Excelentíssimo Senhor Desembargador-Relator,

Vieram os autos em diligência a esta Coordenadoria para prestar esclarecimentos sobre os cálculos de fls. 41/43, ante as alegações de fls. 84/93.

Inicialmente cumpre informar que a licença prêmio por assiduidade, concedida com fulcro no art. 116 da Lei 1.711/52 ou do art. 87 da Lei 8.112/90 poderia ser usufruída pelo servidor sem prejuízo da remuneração do seu cargo efetivo; logo, s.m.j. de Vossa Excelência, todas as parcelas não integrantes do cargo efetivo do embargado devem ser excluídas do cálculo, visto que ele não as receberia caso houvesse usufruído normalmente a sua licença.

Assim, assiste a razão à União quanto à exclusão das rubricas 92 – salário-família e 743 – Adiant. Remun. 1684-48/98, bem como daquelas correspondentes ao Cargo em Comissão – DAS 101.2 exercido pelo servidor, quais sejam: Rep. Mensal, 25 – Opção GADF/Ativo.

Quanto à rubrica 245 – pro labore de êxito, entende esta Coordenadoria que deve ser computada no cálculo, pois, conforme disposto no art. 4º da Lei 10.549, de 13/11/02, tal parcela corresponde a até trinta por cento do vencimento básico do servidor, fazendo parte, portanto, da remuneração do seu cargo efetivo.

* N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Luiz Gonzaga Barbosa Moreira e Antônio Sávio de Oliveira Chaves.

Em relação ao período de 16 (dezesesseis) meses apurado pelo credor, só poderá ser considerado correto se computarmos todo o tempo de serviço entre 15/05/55 e 22/05/95, sem nenhuma suspensão. Entretanto, no documento de fls. 71, verifica-se duas suspensões na contagem dos períodos aquisitivos: uma entre o primeiro e o segundo (05/05/60 a 07/02/62), e outra entre o quarto e o quinto (04/02/77 a 14/01/79, reduzindo-se a 13 (treze) o número de meses de licença não gozadas, levando a crer que, no decorrer da vida funcional do servidor, ocorrem fatos encenadores da suspensão da contagem do tempo de serviço, para fins de concessão de licença-prêmio. Tais fatos, contudo, não estão evidenciados nos autos.

Dessa forma, esta Coordenadoria deixa de se manifestar quanto ao número correto de meses (13 ou 16), pois só de posse dos assentamentos funcionais do servidor seria possível afirmar, com exatidão, quantos meses deverão ser considerados para fins de conversão em pecúnia da licença não gozada.

À superior consideração de Vossa Excelência.

Sendo assim, valho-me dessas informações para o julgamento do presente recurso.

Inicialmente ressalto que o título judicial em execução determinou à União a conversão em pecúnia do período de licença-prêmio adquirido e não gozado pelo autor e o pagamento na forma do art. 730 do CPC.

Dessa forma, as rubricas referentes a salário-família, adiantamento de remuneração, as decorrentes do exercício de cargo em comissão, de representação mensal e opção pela GADF/ativo foram impugnadas pela União, sob o argumento de que estas parcelas não integrariam a remuneração para efeito de gozo de licença-prêmio.

Com efeito, tanto na Lei 1.711/52, vigente até 11/12/90, como na Lei 8.112/90, considerava-se que a licença-prêmio, antes denominada licença especial, poderia ser concedida com base nos vencimentos do cargo efetivo do servidor. Assim, em caso de conversão de pecúnia, deve ser aplicada a mesma base para a concessão do benefício.

Com análise nos documentos juntados aos autos, observo que apenas as parcelas referentes a salário-família, adiantamento de remuneração e as rubricas decorrentes do exercício de cargo em comissão não integram a remuneração do exeqüente, ora apelado. As demais parcelas fazem parte de sua remuneração, conforme se observa dos contracheques em anexo.

Quanto ao número de meses a serem considerados para efeito de conversão da licença em pecúnia, observo que foi considerado o período compreendido entre o ano de 1955 e 1994, conforme documentos juntados pela apelante. Todavia, como o apelado aposentou-se em 1996 e a referida licença foi extinta somente

em 1997, por força do disposto na Lei 9.527/97, deve ser considerado o período aquisitivo compreendido entre o ano de 1990 e 1995, uma vez que, conforme as declarações de fls. 18 e 71 o período aquisitivo iniciou-se no ano de 1955 e deve ter por termo final o ano de sua aposentadoria, ou seja, em 1996.

Em relação à litigância de má-fé, entendo que não merece prosperar a condenação nesse ponto, por considerar que não houve resistência injustificada por parte da União, tendo em vista que havia controvérsia sobre os períodos aquisitivos de licença pelo servidor, bem como pelo fato de que algumas rubricas não deveriam constar para efeito de cálculo dos valores pretendidos pelo exequente. Logo, a sentença deve ser reformada nesse ponto.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para que os cálculos sejam efetuados excluindo-se apenas as parcelas referentes ao salário-família, ao adiantamento de remuneração e a rubrica decorrente do exercício do cargo em comissão, bem como para excluir a condenação por litigância de má-fé.

Ratificação de Voto

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado: — Conquanto a informação da contadoria judicial dizer que só se pode considerar o número de dezesseis meses, levando-se em conta todo o período do tempo de serviço prestado pelo autor e, ainda, que há duas suspensões na contagem dos períodos aquisitivos, sendo uma entre 05/05/60 a 1º/02/62 e outra entre 04/02/77 a 14/01/79, o que levaria à redução do período para treze meses, informa também que esses fatos não estão evidenciados nos autos, sendo necessário a verificação dos assentamentos funcionais do apelado.

Assim, não estando demonstradas nos autos as suspensões dos períodos aquisitivos acima citados, mantenho o voto proferido a fls. 134/136, considerando o período de dezesseis meses.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira:

Administrativo. Licença-prêmio não gozada. Pagamento em pecúnia. Possibilidade. Jurisprudência.

1. É devida a conversão em pecúnia de licença-prêmio não gozada por necessidade de serviço, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração.
2. Precedentes do STF e STJ.
3. Apelação e remessa improvidas (fls. 39).

A sentença, aí confirmada (fls. 34), condenou a União “a converter em pecúnia o período de licença-prêmio adquirido e não gozado pelo autor” com pagamento na forma do art. 730 do CPC.

Posto isto, correto o Relator quando afirma:

Dessa forma, as rubricas referentes a salário-família, adiantamento de remuneração, as decorrentes do exercício de cargo em comissão, de representação mensal e opção pela GADF/Ativo foram impugnadas pela União, sob o argumento de que estas parcelas não integrariam a remuneração para efeito de gozo de licença prêmio.

Com efeito, tanto na Lei 1.711/52, vigente até 11/12/90, como na Lei 8.112/90, considerava-se que a licença-prêmio, antes denominada licença especial, poderia ser concedida com base nos vencimentos do cargo efetivo do servidor. Assim, em caso de conversão em pecúnia, deve ser aplicada a mesma base para a concessão do benefício.

Com análise nos documentos juntados aos autos, observo que apenas as parcelas referentes a salário-família, adiantamento de remuneração e as rubricas decorrentes do exercício de cargo em comissão não integram a remuneração do exequente, ora apelado. As demais parcelas fazem parte de sua remuneração, conforme se observa dos contracheques em anexo. (fls. 135).

Logo, devem ser excluídas as parcelas que não integram o cargo efetivo.

À luz do que decidido na ação ordinária e considerada a legislação que rege a espécie, não vislumbro ofensa à coisa julgada, com a devida vênia.

Assim, acompanho o Relator, inclusive no ponto em que afasta a litigância de má-fé.

É o voto.

Voto Vogal Preliminar

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator na linha de precedentes que já julgamos aqui. Também entendo que essa recomendação se aplica ao procurador. Se ele recorreu, acredito que o Tribunal não pode deixar de conhecer do recurso.

Então, acompanho o Relator.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Trata-se de recurso de apelação, interposto pela União, insurgindo-se contra a respeitável

sentença de fls. 79/82, que julgou improcedentes os embargos do devedor e declarou que o título judicial do embargado corresponde a R\$ 155.910,58 (cento e cinquenta e cinco mil, novecentos e dez reais e cinquenta e oito centavos).

Iniciado o julgamento do recurso no dia 14/04/04, o eminente Relator, Desembargador Federal José Amilcar Machado, deu parcial provimento à apelação para que os cálculos sejam efetuados excluindo-se apenas as parcelas referentes ao salário família, ao adiantamento da remuneração e à rubrica decorrente do exercício do cargo em comissão, bem como para excluir a condenação por litigância de má-fé, tendo o eminente Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira pedido vista dos autos.

Prosseguindo o julgamento no dia 18/05/04, o eminente Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira proferiu seu voto, acompanhando o Relator, inclusive no ponto em que afasta a litigância de má-fé.

Pedi vista para melhor examinar a questão, e passo a proferir o meu voto.

Versam os autos sobre embargos à execução, interpostos pela União, da sentença que determinou a conversão em pecúnia do período de licença-prêmio adquirido e não gozado pelo autor e o pagamento da forma do art. 730 do CPC, insurgindo-se contra os cálculos por ele apresentado, ao fundamento de excesso de execução.

Sustenta a União que as rubricas referentes a salário família, adiantamento de remuneração, as decorrentes do exercício de cargo em comissão, de representação mensal e opção pela GADF/ativo não integram a remuneração para efeito de gozo de licença-prêmio.

Alega, ainda, que o apelado tem direito a treze meses de licença especial e não a dezesseis meses, tal como constou da execução.

O Setor de Cálculos Judiciais deste Tribunal, em sua manifestação a fls. 132 dos autos, informou que as rubricas salário-família, adiantamento de remuneração, as decorrentes do exercício de cargo em comissão, de representação mensal e opção pela GADF/ativo não integram a remuneração do servidor.

Dessa forma, não devem ser consideradas na conversão em pecúnia do período de licença-prêmio adquirido e não gozado pelo autor.

Peço vênia ao eminente Relator, entretanto, para divergir no que se refere ao número de meses a ser convertido em pecúnia, vez que, conquanto haja divergência entre os documentos de fls. 18 e o de fls. 71, ambos revelam que o apelado tem um saldo de treze meses de licença especial e não dezesseis.

Com efeito, informa o documento de fls. 71:

Período aquisitivo: 07/05/55 a 04/05/60

Qtde meses: 3

Período usufruído: Qtde de dias:

20/10/94 a 18/12/94 60

13/11/95 a 12/12/95 30

Período aquisitivo: 08/02/62 a 06/02/67

Qtde meses: 3

Período usufruído: Qtde de dias:

13/12/95 a 11/01/96 30

08/04/96 a 06/06/96 60

Período aquisitivo: 07/02/67 a 05/02/72

Qtde meses: 3

Período usufruído: Qtde de dias:

17/06/96 a 15/08/96 60

Período aquisitivo: 06/02/72 a 03/02/77

Qtde meses: 3

Período aquisitivo: 15/01/79 a 13/01/84

Qtde meses: 3

Período aquisitivo: 14/01/84 a 11/01/89

Qtde meses: 3

Período aquisitivo: 12/01/89 a 10/01/94

Qtde meses: 3

Isso posto, acompanho o voto do eminente Relator para dar parcial provimento à apelação em maior extensão, divergindo, tão-somente, no que se refere ao número de meses a ser convertido em pecúnia, vez que entendo que é de treze meses e não de dezesseis meses.

É o meu voto.

Segunda Turma

Apelação Cível

92.01.08077-8/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian

Rel. p/ acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves

Apelante:	União Federal
Procuradora:	Dra. Hélia Maria Bettero
Apelados:	Eunice Bareicha e outros
Advogados:	Dr. Joaquim Jair Ximenes Aguiar e outros
Publicação:	DJ 2 de 16/05/05

Ementa

Administrativo. Servidor público. Transposição. Analistas de finanças e controle. Tempo de serviço em cargo de nível médio. Inadmissibilidade.

I. Para fins de transposição aos cargos de nível superior de analista de finanças e controle, criados pelo Decreto-Lei 2.346, de 23 de julho de 1987, somente computável o tempo de serviço prestado em cargos de nível superior, não aproveitando, para que o enquadramento se faça em padrões ou classes mais elevadas, o tempo prestado em cargos de nível médio.

II. Precedente da Corte.

III. Recurso de apelação e remessa oficial tida por interposta a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Segunda Turma, por maioria, vencido o Relator, que dava parcial provimento à apelação e à remessa oficial tida por interposta, lhes deu provimento, nos termos do voto divergente do Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, que lavrará o acórdão.

2ª Turma do TRF-1ª Região – 16/06/04.

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*, Relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Interpõe a União Federal recurso de apelação contra sentença que julgou procedente ação ordinária, proposta por Eunice Bareicha e outros, os quais pleiteiam a retificação dos atos que os posicionaram nos cargos de analistas de finanças e controle.

2. Em suas razões de recurso, alega a apelante que o MM. juiz federal deveria atentar para a interpretação do disposto no art. 2º do Decreto 95.076/87, de modo a se definir o posicionamento derivado de transposição de cargos de níveis médio (técnico) e superior (analista), considerando o cargo, anteriormente exer-

cido, já que se trata de “transposição” ou seja manutenção do nível equivalente tendo a sentença confundido o instituto com o da ascensão funcional. Reclama, outrossim, contra os honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da liquidação.

3. Sem contra-razões, subiram os autos a este Tribunal.
 4. O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.
- É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:— Consoante parecer ministerial razão assistiria à União, em face do texto da alínea *c* do § 1º e § 2º do art. 2º do Decreto 95.076/87, que regulamentou o Decreto-Lei 2.346/87, saber:

Art. 2º – *omissis*

§ 1º *omissis*

a) *omissis*

b) *omissis*

c) Os servidores que não integravam o Plano de Classificação de Cargos e Empregos instituído na conformidade da Lei 5.645, de 10 de dezembro de 1970 na data de vigência do Decreto-Lei 2.346, de 1987, serão considerados posicionados nas referências específicas no Anexo II, determinadas mediante o deslocamento do servidor de uma referência para cada 12 (doze) meses de serviço prestado no órgão ou entidade a que pertençam; e

d) *omissis*

§ 2º O deslocamento a que se refere a alínea *c* do parágrafo anterior far-se-á a partir da menor referência pertinente a cada grupo de cargos e empregos, de nível superior ou médio, especificado no mesmo anexo II, e o respectivo tempo de serviço será contado desde a data do ingresso do servidor até 23 de julho de 1987, sem qualquer dedução.

(...)

2. Assim se fundamenta o parecer:

(...)

6. Delineada a controvérsia, impende asserir que o § 2º do art. 2º do Decreto 95.076/87 contém, em seu texto, dois comandos normativos distintos, que devem ser interpretados harmonicamente.

7. Por isso, o dispositivo estabelece inicialmente que “o desloca-

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Moreira Alves e Assusete Magalhães.

mento a que se refere a alínea *c* do parágrafo anterior far-se-á a partir da menor referência pertinente a cada grupo de cargos e empregos, de nível superior ou médio,”.

8. Finaliza a norma à dicção de que “o respectivo tempo de serviço será contado desde a data do ingresso do servidor até 23 de julho de 1987, sem qualquer dedução”.

9. Como se depreende, o primeiro desses comandos normativos usa a partícula disjuntiva *ou*, ao se referir aos níveis superior e médio dos cargos cujo tempo de serviço servirá de base para o cálculo do deslocamento na nova carreira.

10. Por sua vez, parte final do dispositivo diz que o tempo de serviço será contado sem qualquer dedução.

11. Embora aparentem uma *contraditio in terminis*, na realidade os preceitos são compatíveis entre si.

12. Com efeito, a impossibilidade de se deduzir tempo de serviço só pode ser entendida em relação ao nível do cargo para o qual o servidor foi transposto. Vale dizer, se a transposição deu-se para o cargo de analista (nível superior), computa-se, integralmente, todo o tempo de serviço anterior, de igual nível.

13. Interpretação contrária, assim considerada aquela que leva em consideração tanto o tempo de serviço de nível médio, como o de nível superior, para o cálculo do posicionamento nos cargos de nível superior, faria letra morta a primeira parte do § 2º do art. 2º do Decreto 95.076/87.

(...)

3. Há, ainda, um precedente unânime da douta 1ª Turma, na AC 94.01.01639-9/DF, Relator eminente Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima, julgado em 29/04/97, no mesmo sentido, cujo venerando acórdão está assim ementado:

Administrativo. Transposição de cargo. Técnico de orçamento para analista de orçamento. Reposicionamento. Desconsideração de tempo de serviço em cargo de nível médio.

1. Tempo de serviço prestado em cargo de nível superior não retroage para adicionar referências correspondentes a cada ano de efetivo serviço em cargo de nível médio, de modo que a transposição seja feita em classe mais avançada.

4. Todavia, com a devida vênia dos que assim não entendem, verifico que as expressões *superior ou médio* do § 2º do art. 2º do citado decreto, não se referem aos cargos na origem, porém após a transposição, ou seja, o deslocamento será a partir da menor referência dos cargos especificados no seu anexo II, analista de finanças e controle, nível superior *ou* técnico de finanças e controle, nível médio; isto pela expressa referência ao anexo II do decreto.

5. Assim, a respeitável sentença merece confirmação por seus próprios fun-

damentos, *in verbis*:

(....).

Tais dispositivos são os aplicáveis aos casos das autoras, que não integravam o Plano de Classificação de Cargos da Lei 5.645/70, sendo, as duas primeiras, originárias do Ipea – Instituto de Planejamento Econômico e Social e, a outra, da Universidade de Brasília. Assim, o tempo de serviço por elas prestado a esses órgãos deveria ser computado, sem qualquer dedução, para efeito do novo posicionamento funcional.

A interpretação dada pela Sedap, no sentido de que, tratando-se de transposição para cargo de nível superior, só pode ser considerado o tempo de serviço anterior prestado em cargo ou emprego do mesmo nível não tem amparo legal. Ao intérprete não cabe distinguir onde o legislador não o fez.

(....)

6. Quanto aos honorários advocatícios, a praxe desta Turma tem sido em fixá-los em 10% (dez por cento) sobre a condenação, entendendo, assim, elevado o percentual de 15% (quinze por cento) consignado na sentença.

7. Proferida sentença contra a União, sujeita ao duplo grau de jurisdição a teor do art. 475 do CPC.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial tida como interposta, tão-somente para reduzir os honorários advocatícios devidos pela União a 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

É como voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Sr. Presidente, peço licença a Vossa Excelência para divergir de seu douto voto, e dar provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial tida por interposta, para julgar improcedente a pretensão deduzida na lide, e o faço por concordar com os fundamentos deduzidos no parecer do Ministério Público Federal, subscrito pelo Dr. Maurício Vieira Bracks, eminente Procurador Regional da República da Primeira Região, e à luz do princípio que se extrai do precedente da egrégia Primeira Turma desta Corte Regional, na Apelação Cível 94.01.01639-9/DF, versando situação análoga à presente, no sentido de que tempo de serviço anterior, em cargo de nível médio, não há de ser considerado na transposição para o de analista de finanças e controle, de nível superior. Com efeito, a prevalecer entendimento contrário, estar-se-á privilegiando os servidores que, na data de vigência do Decreto-Lei 2.346, de 23 de julho de 1987, não integravam o Plano de Classificação de Cargos e Empregos instituído na conformidade da Lei 5.645, de 10 de dezembro de 1970, compu-

tando-se, em favor deles, todo o tempo de serviço prestado no órgão ou entidade a que pertenciam antes da transposição, independentemente do nível médio ou superior do cargo ou emprego dos quais foram transpostos, em detrimento dos demais que, levando em conta, para fins de posicionamento nos padrões e classes dos cargos da nova carreira – conforme transposição para os de técnico ou analista de finanças e controle –, apenas a referência, de nível médio ou superior, em que se encontravam nos cargos ou empregos de que foram transpostos, tiveram, por isso mesmo, considerado apenas o tempo em que prestaram serviços de nível médio ou superior. Não foi essa *ratio*, nem foi essa a finalidade das disposições inscritas na alínea *c* e no § 2º do art. 2º do Decreto 95.076, de 22 de outubro de 1987, e não haverá esse o resultado a ser obtido a partir da interpretação meramente literal do teor das mesmas.

Renovando o pedido de licença, dou provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial tida por interposta, para julgar improcedente a pretensão deduzida na lide, condenando os autores, em virtude da sucumbência, no pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 100,00 (cem reais) para cada um.

É como voto.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães: — Senhor Presidente, efetivamente, entendo que a interpretação no sentido de que se deveria computar todo o tempo anterior, seja ele de nível médio ou superior, para fins de transposição e posterior reposicionamento dos servidores que não estavam enquadrados no Plano de Classificação de Cargos da Lei 5.645, à época do Decreto-Lei 2.347, conduziria a um *discrimem*, que entendo desarrazoado, em relação àqueles servidores que já integravam o Plano de Classificação de Cargos em categorias funcionais transformadas naquelas ora em discussão. Entendo que haveria, assim, um tratamento discriminatório, sem qualquer razoabilidade, a se adotar tal interpretação. Assim, ante o precedente, também da 1ª Turma, sobre o assunto, e pedindo a mais respeitosa vênia a Vossa Excelência, acompanho a divergência.

Terceira Turma

Apelação Criminal

2003.38.00.025772-2/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro

Apelante: Kátia Andrade da Cruz Guimarães da Silva (ré presa)
Advogado: Dr. Antônio de Paula Oliveira
Apelada: Justiça Pública
Procurador: Dr. Raimundo Cândido Junior
Publicação: DJ 2 de 27/05/05

Ementa

Penal e Processual Penal. Art. 239 da Lei 8.069/90. Tráfico internacional. Auxiliar o envio de criança ao exterior. Quantum penalógico reduzido.

I. A norma do art. 239 da Lei 8.069/90 cuida do tráfico internacional de menores que ocorre por meio de duas condutas criminosas: a de promover e a de auxiliar, por meio ilícito, o envio de criança ou adolescente ao exterior.

II. Crime de mera conduta que se consumou com a ação da agente que auxiliou no ato de enviar os menores aos Estados Unidos.

III. O *quantum* penalógico revelou-se exacerbado, devendo ser reduzido para refletir a medida da reprovabilidade da conduta da acusada.

IV. Apelação da ré parcialmente provida.

Acórdão

Decide a 3ª Turma do TRF-1ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo da ré.

3ª Turma do TRF-1ª Região – 09/05/05.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Kátia Andrade Cruz Guimarães da Silva, imputando-lhe a prática dos crimes capitulados nos arts. 288, 297 c/c 304, todos do Código Penal Brasileiro e do art. 239 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Narra a peça acusatória, *verbis*:

1. No último dia 3 de abril de 2003, no Aeroporto Internacional Tancredo Neves, em Confins, neste Estado, a indiciada se apresentou para embarque num voo para os Estados Unidos da América, como guia turística, acompanhando quatro menores: Felipe Guilherme Ribeiro da Silva (8

anos); Jennifer Damaris de Oliveira Ferreira (6 anos); Gustavo Guilherme Ribeiro da Silva (11 anos); e Jésus Coelho de Sales Júnior (16 anos), munida de autorizações para embarque dos menores e passaportes, que apresentou às autoridades da fiscalização.

2. No entanto, a fiscalização da Polícia Federal, naquele aeroporto, prendeu-a em flagrante delito, porque detectou uma série de irregularidades naquela documentação. De um lado, constatou a falsidade das autorizações de viagem dos aludidos menores, assim como a falsidade das firmas e dos respectivos reconhecimentos de firmas apostas naqueles documentos, por cartório que não existe (fls. 11/14). De outro lado, constatou a falsificação nos passaportes apresentados pela indiciada para tentar o embarque, para os Estados Unidos da América, dos menores que acompanhavam (fls. 58/65), expedidos em nome de outras pessoas (Bruno Real Nusdeo, Danielle Zilz, Lucas de Carvalho Ferreira e Henrique de Oliveira Pontes), nos quais trocadas as fotografias dos verdadeiros titulares, pelas fotografias dos menores que a acompanhavam, constatada, também, a falsificação dos vistos consulares americanos nesses passaportes.

3. Como a Polícia Federal apurou, a indiciada se associou a outras pessoas, com o deliberado intuito de cometer delitos, promovendo o envio de menores para o exterior, mediante o uso de documentos falsos, sem observância das formalidades legais e com o objetivo de lucro.

4. A indiciada fora contatada pela pessoa de Oscar Berger, que conheceu em viagens para os Estados Unidos, de quem aceitou a quantia de quinhentos dólares americanos para levar aqueles menores para a América do Norte, tendo sido marcado encontro com os mesmos menores no Shopping Center Diamond Mall, no dia anterior (02/04/03), onde os mesmos menores lhe foram entregues pela pessoa de Maria Ilza, que seria tia da menor Jennifer e pela pessoa de Wagner de tal, que disse trabalhar com Oscar Berger.

5. Depois de providenciar a hospedagem, no Royal Center Hotel, nesta capital, dos menores Felipe, Gustavo e Jennifer, que lá pernoitaram em companhia de Maria Ilza, a indiciada foi passar a noite em sua residência, em companhia do outro menor, adolescente, Jésus, seguindo a indiciada, com os menores, no dia seguinte, 03/04/03, para o aeroporto, quando descoberta a trama delituosa e presa a mesma em flagrante. (fls. 2A/4A)

Interrogatório a fls. 154/155.

Inquirição de testemunhas a fls. 161/162, 165/167, 198/201, 249/250.

Auto de apresentação e apreensão (fls. 7/10 e 82).

Exame documentoscópico (passaportes e grafotécnico) (fls. 87/91).

Na fase do art. 499 do CPP o Ministério Público Federal requereu a requisição da folha de antecedentes criminais atualizada da acusada (fls. 262). A defesa requereu a oitiva das testemunhas arroladas (fls 262v.).

Alegações finais do Ministério Público Federal a fls. 286/288 e da defesa a

fls. 302/309.

O MM. Juiz Federal da 9ª Vara, da Seção Judiciária de Minas Gerais, Dr. Francisco de Assis Betti, julgou parcialmente procedente a denúncia, absolveu a ré Kátia Andrade Cruz Guimarães da Silva da imputação dos delitos previstos nos arts. 288 e 297 do CPB, com fundamento no inciso VI do art. 386 do CPP e a condenou nas penas do art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente à pena-base de 5 (cinco) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, à base de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Foi aplicado o disposto no art. 14, II, do Código Penal Brasileiro, reduzindo-se a reprimenda em 1/6 (um sexto), resultando no total de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, e 25 (vinte e cinco) dias-multa (fls. 312/326).

Inconformada, apela a ré (fls. 369/446) alegando a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa e abuso de autoridade cometido pelo MM. juiz *a quo*, uma vez que exigiu que as testemunhas arroladas pela defesa fossem *presenciais dos fatos*. Sustenta que o magistrado nomeou defensor dativo e desconheceu a existência de defensores constituídos. Alega, ainda, a incompetência do juiz federal substituto para atuar no processo, pois o titular estava no exercício de suas funções, o que invalida os atos decisórios por aquele proferidos.

No mérito, alega que os pais dos menores se encontravam nos Estados Unidos à espera dos filhos, não se caracterizando o crime previsto no art. 239 do ECA e que não sabia das irregularidades constantes na documentação dos menores. Requer sua absolvição, ou a redução da pena ao grau mínimo, por ser primária e de bons antecedentes, com a conversão em restritiva de direitos, ou, ainda, a nulidade da sentença, com o retorno dos autos à origem, atribuindo o novo julgamento a outro magistrado. Além disso, requer a expedição de alvará de soltura com imediato cumprimento pela autoridade policial competente.

Contra-razões a fls. 451/453.

Pedido de correição parcial a fls. 459/473.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Procuradora Regional da República, Dra. Maura Célia Mendonça, opina pelo desprovimento do recurso (fls. 477/479).

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

Voto*

* N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto e o Exmo. Sr. Juiz Saulo Casali Bahia (convocado). Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes.

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Inicialmente, analiso as preliminares suscitadas pela apelante quanto ao alegado cerceamento de defesa e a incompetência do juiz substituto.

Pueris, contudo, as alegações da defesa. Como bem apontou o órgão ministerial a fls. 287, *verbis*:

Em suas alegações prévias, a defesa deixou de arrolar as suas testemunhas. Todavia, requereu o prazo de 5 (cinco) dias para fazê-lo, o que lhe foi deferido, ressaltando o magistrado que a oitiva seria feita na condição de testemunhas do juízo e desde que, na sua avaliação, o depoimento delas fosse imprescindível ao esclarecimento da verdade dos fatos (fls. 184/185).

Passados 17 (dezesete) dias, a defesa apresentou o rol de testemunhas, não tendo, no entanto, justificado a necessidade da oitiva (fls. 252).

Diante disso, foi determinado pelo juízo que a defesa esclarecesse, em 24 (vinte e quatro) horas, a necessidade dos depoimentos ao deslinde da questão (fls. 254).

Todavia, intimado pessoalmente a fazê-lo, a defesa somente apresentou suas razões cerca de 4 (quatro) dias depois, tendo esclarecido, em síntese, que as testemunhas não eram presenciais do fato, apenas conheciam a reputação da acusada (fls. 256/259).

Ao perceber que a parte pretendia tumultuar o andamento do processo, inclusive, com a reiteração de *habeas corpus* interposto perante esta Corte (fls. 289/292), o juiz sentenciante nomeou defensor dativo para os fins específicos do art. 500 do CPP, sem prejuízo da defesa técnica do advogado constituído, no que não infringiu qualquer dispositivo legal.

A alegada incompetência do juiz substituto em razão de encontrar-se o juiz titular, à época, no exercício das funções de diretor do Foro não exclui a competência do primeiro para responder na ausência do titular pelos processos da vara.

Assim, toda a instrução se desenrolou em estrita obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa expressos na Constituição Federal, bem como ao rito procedimental previsto no Código de Processo Penal.

Rejeito as preliminares.

Do mérito

Protesta a condenada, em síntese, pela sua absolvição sob o argumento de que não sabia da irregularidade da documentação dos menores. Contudo, não merece prosperar a irresignação da apelante em qualquer de seus aspectos.

Dispõe o art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *verbis*:

Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou

com o fito de obter lucro:

Pena – reclusão de quatro a seis anos, e multa.

Cuida a norma do tráfico internacional de menores, que prevê duas modalidades: promover ou auxiliar, por meio ilícito, o envio da criança ou adolescente ao exterior.

O que caracteriza o delito é a inobservância das formalidades legais. O dolo a ser perquirido na conduta do agente é aquele revelado na prática de atos direcionados à obtenção de lucro, não se exigindo para sua consumação a produção do resultado, ou seja, a efetiva saída do menor do País. Portanto, trata-se de crime de mera conduta. A propósito, trago à colação jurisprudência de nossos tribunais acerca da questão, *verbis*:

Penal e Processual Penal. Art. 242 do CP. Art. 239 da Lei 8.069/90. Concurso de pessoas. Autoria e materialidade devidamente comprovadas.

(...)

– O conjunto probatório mostra, pelo contexto dos elementos carreados, que os co-réus efetivamente promoveram e auxiliaram na prática de ato ilícito tendente ao envio de criança ao exterior, inobservando as formalidades legais, ou seja, os casos permitidos de adoção. Aplicação do art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

– Configurando-se o delito do art. 239 da Lei 8.069/90 como de mera conduta, ou seja, não exige qualquer resultado naturalístico, consuma-se apenas com a ação do agente, não importando se o menor não saiu do País. (TRF-2ª Região. ACr 97.02.46072-7/RJ. Rel.: Juiz Benedito Gonçalves. 4ª Turma. DJ de 13/02/01)

Penal e Processual Penal. Habeas corpus. Falsidade ideológica e auxílio ao envio de criança ao exterior. Art. 299, CP, e 239 da Lei 8.069/90. Prisão preventiva. Art. 312 CPP. Ação penal. Justa causa. Trancamento. Impossibilidade. Exame de provas. Inadequação da via eleita. Precedentes.

(...)

7 – *In casu*, as investigações realizadas na fase do inquérito policial (fls. 11 a 15 e 32 a 37) apontam, sem dúvidas, no sentido de que a paciente promoveu, mediante pagamento em dinheiro, atos ilícitos com vistas ao envio de crianças para o exterior, justificando a propositura da ação penal, mostrando-se insustentável o argumento de ausência de prova da autoria. Ademais, para o oferecimento da denúncia são suficientes indícios da participação do acusado no evento delituoso.

8 – O tipo penal do art. 239 da Lei 8.069/90 prevê duas condutas criminosas: a de promover e a de auxiliar a efetivação de ato ilícito tendente ao envio de criança ou adolescente para o exterior. Pune-se o famigerado tráfico internacional de menores, tanto na sua promoção direta, como no auxílio mediante pagamento em dinheiro ou qualquer vantagem lucrativa.

9 – O delito em tela configura-se como de mera conduta, ou seja, não exige qualquer resultado naturalístico, consumando-se apenas com a ação do agente, ou seja, o tipo penal não exige que o menor tenha sido efetivamente enviado para o exterior. Consumando-se o delito com a prática dos atos destinados a esse fim, o que indubitavelmente ocorreu nesta hipótese, não há que se falar, portanto, em crime tentado.

10 – Oferecimento da denúncia fora do prazo previsto no art. 46 do Código de Processo Penal não importa em nulidade do ato, constituindo mera irregularidade, que aliás, só beneficia o réu, pelo decurso do prazo prescricional.

11 – A ausência de exame pericial na certidão de nascimento falsa também não prejudica o recebimento da denúncia. A uma porque, se tratando de falsidade ideológica o exame é desnecessário e, a duas porque a prova, se essencial para a caracterização do delito, poderia ser produzida durante a instrução criminal.

12 – A cogitada prescrição está longe de se verificar. Pelo que se extrai dos autos os fatos se sucederam em dezembro de 1991 e a denúncia foi recebida em maio de 2000. Como o máximo da pena em abstrato, para o crime de tráfico de menores, é de 6 anos, a prescrição da pretensão punitiva estatal só se verificará após o decurso do prazo de 12 anos, que se interrompeu na data do recebimento da denúncia.

13 – Precedentes do egrégio STJ.

14 – Ordem denegada. (TRF-2ª Região. HC 2000.02.01.037577-2/RJ. Rel.: Juiz Rogério Carvalho. 4ª Turma. DJ de 13/02/01)

O exame documentoscópico de fls. 87/91 apontou que, embora os cadernos utilizados nas expedições dos passaportes dos menores tenham sido impressos pela Casa da Moeda do Brasil e regularmente expedidos pelo Departamento de Polícia Federal, eles foram adulterados por meio de substituição de fotografias originais das páginas 3 (três) pelas fotos neles colocadas, tornando-se, assim, *inautênticos*.

Quanto aos vistos americanos, afirmou categoricamente que as chancelas consulares apostas nos passaportes dos quatro menores são *falsos*, porque apresentam vestígios de reaproveitamento e foram adulterados nas áreas das fotografias, com posterior impressão das fotos neles exibidas.

Esclarece, ainda, que as assinaturas em nome dos pais lançadas nas autorizações de viagem de fls. 11/14, bem como aquelas constantes dos requerimentos para passaportes dos menores *não* são da autoria da ré pela análise feita nos padrões gráficos produzidos por seu punho.

Assim, embora a materialidade do delito de falsificação de documento público esteja suficientemente comprovada, sua autoria não pode ser atribuída à ape-

lante por ausência de prova. Mas apesar de restar evidente a participação de outras pessoas no esquema de tráfico de menores, não há provas cabais que permitam identificar a autoria e a conduta de cada um.

Por outro lado, a participação incriminadora da ré restou delineada a partir do momento em que ela demonstrou ter ciência da falsidade dos documentos, pois foi ela quem preencheu, em seu nome, a ficha nacional de registro de hóspede, no Royal Center Hotel (onde se hospedaram as crianças ali por ela deixadas no dia anterior ao embarque) e, no verso da ficha, colocou os verdadeiros nomes dos menores (fls. 83).

O conhecimento da recorrente acerca da ilicitude da sua conduta evidenciase em suas declarações na fase inquisitorial e confirmadas em juízo quando disse em seu interrogatório, a fls. 97, *verbis*:

....Que, como já mencionado, na data aproximada de 30/03/03, recebeu um telefonema de Oscar Berger, perguntando à interrogada, se não tinha interesse em viajar para Orlando (EUA), para acompanhar quatro menores, pelo período de dez dias; que as passagens aéreas e despesas de estadia estariam pagas, sendo que a interrogada receberia US\$ 500,00 (quinhentos dólares) pelos seus serviços; que, a interrogada aceitou a proposta, ficando acertado que deveria encontrar-se com as crianças no “Shopping Diamond”, em Belo Horizonte; que, na quarta-feira (02/04/03), efetivamente se encontrou com os quatro menores, no shopping, as quais se achavam acompanhadas de uma senhora de nome Maria Ilza (não se recorda ao certo, que seria tia da menor Jennifer) e um rapaz de nome Wagner, com aproximadamente 26 anos, que trabalharia com Oscar Berger; que, após o encontro no shopping, todos se dirigiram ao Center Royal Hotel; que a própria interrogada preencheu a ficha do hotel em seu próprio nome, muito embora não fosse ficar hospedada; que, exibida a ficha constante a fls. 83, confirma como sendo sua a grafia do documento; que, no verso da segunda via, preencheu os nomes dos menores “Jesus Junior, Filipe Silva, Gustavo Silva, Elizan Oliveira, Maria Lucia Oliveira” os quais lhes foram ditados por Wagner; que, perguntada quem seria Maria Lúcia Oliveira, cujo nome preencheu no verso da ficha do hotel, respondeu que “não sabe”; que não sabe porque escreveu tal nome; que afirma que havia apenas quatro menores quando chegaram ao hotel; que, perguntada por que mentiu quando informou, na ficha do hotel, que o próximo destino seria “Beto Carrero”, respondeu que “não tem motivo”; que, ainda no hotel, Wagner repassou os documentos dos menores para a interrogada (passaportes e autorizações de viagem), além dos US\$ 500,00 (quinhentos dólares) de seu pagamento; que, perguntada o motivo de não ter questionado Wagner pela divergência dos nomes dos menores constantes nos passaportes daqueles utilizados para preenchimento da ficha no hotel, respondeu que “não observou a divergência”; que ficaram hospedados no hotel a sra. de nome Maria Ilza, juntamente com as três crianças, sendo que o adolescente e a interrogada foram para a residência desta; que Wagner também foi embora, não tendo ficado hospedado no hotel; que no dia seguinte a interrogada e o adolescente

se dirigiram ao hotel onde se encontraram com as três crianças e Maria Ilza; que Maria Ilza estava na companhia de um homem, de idade aproximada de 35 anos, não sabendo informar o nome; que tal pessoa acompanhou a interrogada e os demais até o aeroporto de Confins; que Oscar Berger não estava presente no aeroporto de Confins; que, no momento do embarque, policiais federais desconfiaram da autenticidade dos documentos, ocasionando sua prisão em flagrante. (fls. 97/98)

A mãe da apelante informou em seu depoimento a fls. 74, *verbis*:

que sabe informar que sua filha Kátia Andrade viaja, em média, três vezes ao mês para Miami ou Nova York, nos Estados Unidos da América, ressaltando que isso tem acontecido há cerca de um ano; que, essas viagens são a passeio, sendo que Kátia aproveita para trazer mercadorias solicitadas por amigos; que não sabe informar como Kátia paga as passagens aéreas e estadias, sendo que não possui vínculo trabalhista com qualquer empresa ou pessoa física; que não sabe quanto Kátia lucra com a venda das mercadorias; que Kátia costuma permanecer uma semana em suas viagens ao exterior, ficando hospedada em um mesmo hotel, do qual não se recorda o nome, se comprometendo a fornecê-lo, bem como o número do telefone que Kátia deixa anotado para caso de emergência; que, no dia 02/04/03, Kátia apareceu em casa com um adolescente, aparentando 16 anos, e apresentou-o à declarante como Bruno, dizendo que iriam viajar para o exterior no dia seguinte; que foi a primeira vez que ocorreu de Kátia levar um menor para dormir em casa; (fls. 74/75)

A alegação da defesa de que os menores seriam levados ao encontro de seus pais, que residiam nos Estados Unidos, veio desprovida de qualquer valor probatório, não se podendo, portanto, dar crédito a simples alegações.

Em contraposição a tais ilações da defesa, importante também destacar trecho das informações obtidas na Fundação L'Hermitage para onde as crianças foram levadas após a prisão em flagrante da ré e lá foram ouvidas pela Diretora de Atendimento Infantil, Jeane Martins da Silva, com quem conversaram sobre seus pais e sobre o episódio, *verbis*:

(...) na data de 08/04/03 conversei novamente com as crianças: Felipe Guilherme Ribeiro da Silva, 11 anos; Gustavo Guilherme Ribeiro da Silva, 8 anos e Jennifer Damaris de Oliveira Ferreira, 6 anos, que acrescentaram alguns dados a respeito da situação familiar.

Jennifer me disse que seus pais moram com a avó materna, e não com a tia conforme dissera anteriormente, e ela fica com sua tia Marilza durante o dia, enquanto sua mãe trabalha. A mãe vende “roupas e algumas coisas”.

Disse, ainda, que sua tia Marilza falou que quem vai para a Disney não pode ficar falando, porque senão um fala para o outro, outro fala para mais outro; nem na escola pode falar. A tia disse que seu irmão John Lennon foi e não contou para ninguém. Quando pergunto se ela lembra da época em que o irmão foi à Disney a mesma diz não se lembrar porque era muito pequena.

Falei sobre nossa preocupação com a escola, pois todos eles estavam viajando em época de aulas, e que seria questionado aos seus pais porque deixaram a filha de 6 anos viajar, para tão longe, com uma pessoa que eles nem ela nunca viram. Respondeu-me que não teria problema, pois Kátia já levou “um monte de crianças” para a Disney. Atualmente Jennifer está um pouco mais tranqüila apesar de manifestar seu desejo de retornar para casa e sua frustração por não ter ido à Disney.

Em conversa com Felipe e Gustavo, fui informada, pelo primeiro, que moram com os pais (José e Roseli) e com os avós (Maria Raimunda e José), em Divino do Traíra, sendo que todos moram na mesma casa, que fica na Rua Deodato, Tubércio Júnior, 476. Fone: 3234-2039.

Ambos estudam no único colégio da cidade, Gustavo está na segunda série, sua professora se chama Ana Lúcia. A avó materna (D. Maria) mora na mesma cidade, perto de uma pracinha.

Felipe está bem adaptado, gostando do abrigo, mas Gustavo está tristonho, se irritando com facilidade, recusando a conversar sobre o assunto. Percebo que está sofrendo muito, diante da condição em que se encontra. E, embora os fatos tenham abalado a todos, ele, no momento, é o que está manifestando isso de forma mais evidente. (fls. 71)

Assim, incontroverso o auxílio prestado pela ré na perpetração do delito, incidindo numa nas modalidades previstas no tipo: *auxiliar*, descrita no art. 239 do ECA, o que impõe a condenação da acusada.

No que pertine à dosimetria, faço algumas observações.

Embora tenha analisado de forma percuciente os arts. 59 e 68 do CPB para individualizar a reprimenda da acusada, equivocou-se o magistrado ao considerar o crime na sua forma tentada, aplicando sobre a pena-base fixada, 5 (cinco) anos de reclusão, a causa de diminuição da pena prevista no art. 14, II, do Estatuto Penal.

Ocorre que a sanção foi diminuída em 1/6 (um sexto – 10 meses) quando o citado artigo prevê o mínimo de 1/3 (um terço – 20 meses, *in casu*) e máximo de 2/3 para sua redução.

Assim, a diminuição encontrada pelo juiz sentenciante aquém do *quantum* mínimo previsto na lei deve ser ajustada, uma vez que o delito em comento, apesar de consumado por ser de mera conduta, restou classificado na sua forma tentada, sendo defeso qualquer alteração que implique *reformatio in pejus*, ante a ausência de recurso da acusação.

Portanto, fixada a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão, aplico a causa de diminuição da pena de 1/3 (um terço), resultando num total de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, nos termos do art. 14, inciso II, do CPB.

Quanto à pena pecuniária arbitrada em 30 (trinta) dias, à razão diária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, reduzo-a em 1/3 (um terço), ou seja, para 20 (vinte) dias, em decorrência da causa de diminuição prevista no art. 14, II, do CPB.

Presentes as condições de admissibilidade, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (art. 44, I, do CPB) a serem definidas pelo juiz da execução.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo da ré e reduzo-lhe a sanção definitiva para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, à razão diária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Substituo a pena privativa de liberdade aplicada por duas restritivas (art. 44, I, do CPB) a serem definidas pelo juiz da execução.

É como voto.

Voto

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Senhor Presidente, tenho voto escrito. A questão é o seguinte: é um *reformatio in pejus*, que não pode ocorrer. É a mesma coisa da revisão criminal só *pro reu* e não *pro societatis*.

O Dr. Carlos Alberto C. Vilhena Coelho (Procurador Regional da República): — Mas com a devida vênia, se o Ministério Público apela e não apresenta as razões, o entendimento doutrinário é que ele devolva ao Tribunal toda a matéria fática que foi tratada em 1º grau, assim como o réu apela também devolve ao Tribunal toda a matéria tratada em 1º grau. A diferença é que, havendo recurso exclusivo da defesa, mesmo que o juízo de 1º grau tenha incidido em erro, como no caso vemos que houve, em que ele considerou crime tentado como um crime flagrantemente consumado, não poderá o Tribunal revolver a matéria para agravar a pena do réu já que não houve recurso da acusação.

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Quando muito, o Tribunal ainda tem feito é estender o resultado na apelação benéfica ao réu a outro réu que não tenha apelado, por absoluta previsão legal.

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — É o art. 580.

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — No capítulo dos recursos.

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Acompanho Vossa Excelência.

Voto Revisor

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. O Ministério Público denunciou Kátia Andrade Cruz Guimarães da Silva pela prática dos crimes previstos nos arts. 288, 297 c/c o art. 304, todos do Código Penal, e do art. 239 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

De acordo com a denúncia de fls. 2-A/6-A:

1. No dia 3 de abril de 2003, no Aeroporto Internacional Tancredo Neves, em Confins, neste Estado, a indiciada se apresentou para embarque num vôo para os Estados Unidos da América, como guia turística, acompanhando quatro menores: Felipe Guilherme Ribeiro da Silva (8 anos); Jennifer Damaris de Oliveira Ferreira (6 anos); Gustavo Guilherme Ribeiro da Silva (11 anos); e Jesus Coelho de Sales Júnior (16 anos), munida de autorizações para embarque dos menores e passaportes, que apresentou às autoridades da fiscalização. (...) 3. Como a Polícia Federal apurou, a indiciada se associou a outras pessoas, com o deliberado intuito de cometer delitos, promovendo o envio de menores para o exterior, mediante o uso de documentos falsos, sem observância das formalidades legais e com o objetivo de lucro.

Apela a condenada pleiteando, em síntese, a nulidade da sentença recorrida e de todas as decisões lançadas pelo MM. juiz federal titular e pelo MM. juiz federal substituto da 9ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais nos presentes de Ação Penal 2003.38.00.025772-2, a partir de fls. 184/185, sua absolvição ou a redução da pena aplicada, para que esta seja fixada no grau mínimo, pelos antecedentes e personalidade favoráveis.

Formaliza questões preliminares de cerceamento de defesa e incompetência do juiz substituto, que examino primeiramente.

Do cerceamento de defesa

Alegação infundada.

O MM. Juiz Federal Francisco de Assis Betti, em despacho de fls.184/185, e respeitando os princípios da ampla defesa e da busca pela verdade real, deferiu ao defensor constituído o prazo de 5 (cinco dias) para apresentação do rol de testemunhas, uma vez que o mesmo não providenciou a relação no lapso temporal estabelecido no art. 395 do Código de Processo Penal. Em função da prescrição contida no art. 209 do diploma legal anteriormente referido, Sua Excelência determinou que, após análise daquele rol, haveria a oitiva, caso achasse “oportuno e necessário ao esclarecimento da verdade”.

A defesa, por sua vez, indicou as testemunhas a serem ouvidas (fls. 204/205) sem demonstrar, contudo, se as mesmas tinham conhecimento ou haviam presenciado o fato delituoso. Afirmou, apenas, “que poderão prestar relevantes esclarecimentos acerca das atividades profissionais da ré....”. Intimada pelo MM.

Juiz Federal Substituto Sílvio Coimbra Mourthé, fls. 252 e 254, permaneceu sem esclarecer os pontos arregimentados por aquele juízo, cingindo-se à declaração de que as testemunhas “não eram presenciais do fato descrito na denúncia, mas conhecem bem a acusada e têm condições de fornecer preciosas informações sobre o caráter e personalidade da mesma, sua conduta familiar, social e profissional, seus antecedentes e responsabilidades. Elementos que a defesa reputa imprescindível no momento de ser proferida a sentença.” (fls. 256/259)

Por serem testemunhas do juízo, e não tendo esclarecido a defesa em que poderiam contribuir para o esclarecimento dos fatos, julgou as oitivas prescindíveis o MM. juiz federal substituto.

Adiante, o MM. Juiz de 1º Grau titular da 9ª Vara Federal de Minas Gerais, Francisco de Assis Betti, em fls. 295 atento ao caráter exclusivamente tumultuador do feito, modo sutilmente empregado pelo patrono da condenada, inclusive, tendo reiterado *habeas corpus* anteriormente negado neste Tribunal Regional Federal da 1ª Região (fls. 290/292), nomeou defensor dativo à ré, para fins do art. 500 do CPP, *sem prejuízo da defesa técnica do advogado constituído*, para que o processo pudesse ter o andamento normal. (grifei)

Portanto, não houve cerceamento de defesa, como alegado, razão pela qual rejeito a preliminar.

Da incompetência do juiz substituto

Improcedente a alegação.

Ao contrário do entendimento do nobre defensor constituído, ainda que o juiz titular esteja exercendo a função de diretor do Foro sem prejuízo de sua competência jurisdicional, o juiz substituto detém a idoneidade para responder pela Vara quando aquele não puder fazê-lo.

Conclui-se, portanto, que a fase instrutória deu-se à luz do contraditório e da ampla defesa, princípios constitucionalmente garantidos, e foram seguidos os trâmites do Código de Processo Penal, razão pela qual rejeito, também, esta preliminar.

Passo à questão principal.

Pretende a condenada sua absolvição, alegando ignorância acerca da falsidade dos documentos utilizados pelos menores. Argumento desarrazoado.

O menor Jésus Coelho de Sales Júnior, conhecido por Juninho, um dos quatro a serem conduzidos pela apelante aos Estados Unidos da América, declarou à Polícia Federal, em fls. 4:

(...) Que lá chegando (aeroporto), ao se dirigirem para o embarque, a

senhora que não sabe o nome, pegou um táxi para Belo Horizonte e *se dirigiram com Kátia para o embarque, quando alguns policiais desconfiaram dos documentos; (...) Que Kátia orientou o depoente e as demais crianças a mentirem seus nomes, não dando maiores explicações (...)* (grifo nosso)

A acusada afirmou em interrogatório judicial (fls. 154/155), *verbis*:

(...) que recebeu de Wagner quatro passaportes naquele mesmo dia, ficando combinado com ele que uma terceira pessoa, de nome Beth, se encarregaria de entregar as passagens no aeroporto; que no dia seguinte, apareceu no aeroporto uma pessoa que se identificou como Beth (...) que não sabia que os passaportes eram falsificados; que examinou os passaportes e não viu nenhum indício de falsificação (...) (grifo nosso)

Não obstante este fato, a ficha nacional de registro de hóspedes (fls. 83) preenchida pela condenada (confirmação feita em depoimento pelo recepcionista do hotel, Sr. Edmar Soares Firmino – fls. 77) demonstra seu pleno conhecimento acerca da identidade dos menores que acompanhava. No verso do referido documento, encontram-se os verdadeiros nomes das crianças, apostos pela mesma, que se apresentou como guia turística, indicando como próximo destino o parque Beto Carrero, no Estado de Santa Catarina.

Ora, tendo escrito os nomes verdadeiros das crianças na ficha de hospedagem do hotel mencionada e tendo examinado os passaportes que lhe foram entregues, posteriormente, contendo informações inautênticas, não é possível crer que a condenada “não viu nenhum indício de falsificação”, como afirmou.

Note-se que a mãe da apelante, em termo de declarações de fls. 74, informou:

.... que no dia 02/04/03, Kátia apareceu em casa com um adolescente, aparentando 16 anos, e apresentou-o à declarante como Bruno

Por que declarou à própria mãe um nome incorreto, mesmo sabendo que dentre os supostamente indicados por Wagner, no hotel, nenhum correspondia àquele. Em verdade, este é o nome constante do passaporte de Bruno Real Nusdeo, adulterado com a fotografia de Jésus Junior (fls. 58).

Claro está que a apelante tinha pleno conhecimento das adulterações procedidas nos passaportes e nos vistos de viagens. Alie-se a este fato a orientação dada às crianças quanto a mentirem seus nomes verdadeiros, como afirmou Jésus Junior ao ser inquirido como testemunha, a fls. 4, e ao depor em juízo, em fls. 249.

O art. 239 da Lei 8.069/90 estabelece:

Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro.

O mencionado artigo exprime duas formas distintas de ação para que se alcance o intento delituoso tendente ao envio de crianças ou adolescentes ao exterior, o chamado tráfico internacional de menores, diga-se, dos crimes mais abjetos entre os existentes: diretamente, ao promovê-lo, ou prestando auxílio, em troca de pagamento ou mediante percepção de vantagem lucrativa.

Trata-se de crime de mera conduta, não sendo necessário, para que se caracterize sua consumação, o envio do menor ao exterior. É bastante que se demonstre ter o agente praticado o ato com o intuito de auferir lucro, eis o dolo manifesto. A antijuridicidade deste tipo de crime reside no fato de não serem observadas as formalidades legais.

Penal e Processual Penal. Art. 242 do CP. Art. 239 da Lei 8.069/90. Concurso de pessoas. Autoria e materialidade devidamente comprovadas.

–

–

–

– O conjunto probatório mostra, pelo contexto dos elementos carreados, que os co-réus efetivamente promoveram e auxiliaram na prática de ato ilícito tendente ao envio de criança ao exterior, inobservando as formalidades legais, ou seja, os casos permitidos de adoção. Aplicação do art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

– Configurando-se o delito do art. 239 da Lei 8.069/90 como de mera conduta, ou seja, não exige qualquer resultado naturalístico, consuma-se apenas com a ação do agente, não importando se o menor não saiu do País. (TRF-2ª Região; ACr 97.02.46072-7/RJ; Relator Juiz Benedito Gonçalves; 4ª Turma; Publicação *DJ* de 13/02/01)

Os depoimentos prestados pela apelante, tanto na fase de inquérito quanto em juízo (fls. 96/100), confirmam seu envolvimento no crime em comento, *verbis*:

Que, como já mencionado, na data aproximada de 30/03/03, recebeu um telefonema de Oscar Berger, perguntando à interrogada se não tinha interesse em viajar para Orlando (EUA), para acompanhar quatro menores, pelo período de dez dias; que, as passagens aéreas e despesas de estadia estariam pagas, sendo que a interrogada receberia US\$ 500,00 (quinhentos dólares) pelos seus serviços; que a interrogada aceitou a proposta, ficando acertado que deveria encontrar-se com as crianças no “Shopping Diamond”, em Belo Horizonte; que, na quarta-feira (02/04/03), efetivamente se encontrou com os quatro menores, no shopping, as quais se achavam acompanhadas de uma senhora de nome Maria Ilza (não se recorda ao certo, que seria tia da menor Jeniifer) e um rapaz de nome Wagner, com aproximadamente 26 anos, que trabalharia com Oscar Berger; que, após o encontro no shopping, todos se dirigiram ao Center Royal Hotel; que a própria interrogada preencheu a ficha do hotel em seu próprio nome, muito embora não fosse ficar hospedada; que,

exibida a ficha constante a fls. 83, confirma como sendo sua a grafia do documento; que, no verso da segunda via, preencheu os nomes dos menores “Jesus Junior, Filipe Silva, Gustavo Silva, Elizan Oliveira, Maria Lúcia Oliveira” os quais lhes foram ditados por Wagner; que, perguntada quem seria Maria Lúcia Oliveira, cujo nome preencheu no verso da ficha do hotel, respondeu que *não sabe*; que não sabe por que escreveu tal nome; que afirma que havia apenas quatro menores quando chegaram ao hotel; que, perguntada por que mentiu quando informou, na ficha do hotel, que o próximo destino seria “Beto Carreiro”, respondeu que “não tem motivo”; que, ainda no Hotel, Wagner repassou os documentos dos menores para a interrogada (passaportes e autorizações de viagem), além dos US\$ 500,00 (quinhentos dólares) o seu pagamento; que, perguntada o motivo de não ter questionado Wagner pela divergência dos nomes dos menores constantes nos passaportes daqueles utilizados para preenchimento da ficha no hotel, respondeu que “não observou a divergência”; que ficaram hospedados no hotel a sra. de nome Maria Ilza, juntamente com as três crianças, sendo que o adolescente e a interrogada foram para a residência desta; que Wagner também foi embora, não tendo ficado hospedado no hotel; que, no dia seguinte, a interrogada e o adolescente se dirigiram ao hotel onde se encontraram com as três crianças e Maria Ilza; que Maria Ilza estava na companhia de um homem, de idade aproximada de 35 anos, não sabendo informar o nome; que tal pessoa acompanhou a interrogada e os demais até o aeroporto de Confins; que Oscar Berger não estava presente no Aeroporto de Confins; que, no momento do embarque, policiais federais desconfiaram da autenticidade dos documentos, ocasionando sua prisão em flagrante.

Segundo consta no relatório do Inquérito Policial 0269/2003/SR/DPF/MG, *verbis*, fls. 138:

Foi ouvida a mãe de Kátia Andrade (fls. 74) – Sra. Raymunda Nonata Cruz – que afirmou que sua filha viajava, *em média, 3 (três) ou 4 (quatro) vezes para os Estados Unidos há cerca de 1 (um) ano*. Disse que essas viagens eram a passeio e que Kátia aproveitava para trazer mercadorias solicitadas por amigos. Não soube explicar como Kátia pagava as passagens aéreas e estadias, informando que *esta não possui vínculo empregatício*.

A Fundação L’Hermitage enviou relatórios das entrevistas que realizou com os menores Felipe Guilherme Ribeiro da Silva e Gustavo Guilherme Ribeiro da Silva (irmãos) e Jennifer Damaris de Oliveira Ferreira, encaminhados àquela casa por ordem da MM^a. Juíza da Infância e Juventude, Vânia Fernandes Sualheiros. Ouvidas pela Diretora de Atendimento Infantil, Jeane Martins da Silva, disseram, respectivamente, *verbis*, fls. 71:

(...) que moram com os pais (José e Roseli) e com os avós (Maria Raymunda e José), em Divino do Traíra, sendo que todos moram na mesma casa, que fica na Rua Deodato Tibércio Júnior, 476. Fone: 3234-2039.

Ambos estudam no único colégio da cidade, Gustavo está na segunda série, sua professora se chama Ana Lúcia. A avó materna (D. Maria) mora na mesma cidade, perto de uma pracinha.

Felipe está bem adaptado, gostando do abrigo, mas Gustavo está tristonho, se irritando com facilidade, recusando a conversar sobre o assunto. Percebo que está sofrendo muito, diante da condição em que se encontra. E, embora os fatos tenham abalado a todos, ele, no momento, é o que está manifestando isso de forma mais evidente.

Jennifer me disse que seus pais moram com a avó materna, e não com a tia conforme dissera anteriormente, e ela fica com sua tia Marilza durante o dia, enquanto sua mãe trabalha. A mãe vende roupas e algumas coisas.

Disse, ainda, *que sua tia Marilza falou que quem vai para a Disney não pode ficar falando, porque senão um fala para o outro, outro fala para mais outro; nem na escola pode falar*. A tia disse que seu irmão John Lennon foi e não contou para ninguém. Quando pergunto se ela lembra da época em que o irmão foi à Disney a mesma diz não se lembrar porque era muito pequena.

Falei sobre nossa preocupação com a escola, pois todos eles estavam viajando em época de aulas, e que seria questionado aos seus pais por que deixaram a filha de 6 anos viajar, para tão longe, com uma pessoa que eles nem ela nunca viram. Respondeu-me que não teria problema, pois *Kátia já levou “um monte de crianças” para a Disney*. Atualmente Jennifer está um pouco mais tranqüila apesar de manifestar seu desejo de retornar para casa e sua frustração por não ter ido à Disney. (grifei)

Os menores revelaram residir com os próprios pais, o que afasta a alegação da defesa de que seriam levadas ao encontro destes nos Estados Unidos.

Evidente a participação da apelante no crime inculpado no art. 239 da Lei 8.069/90 – ECA – ao auxiliar na consecução da prática criminosa.

De outra parte, o Laudo Pericial 0779/03-SR/MG (fls. 87/91) esclarece que:

Os cadernos utilizados nas expedições dos *passaportes* CL 315503, CL 316142, CK 012447 e CJ 949509 foram impressos na Casa da Moeda do Brasil e foram regularmente expedidos pelo Departamento de Polícia Federal, porém eles foram adulterados através da substituição das fotografias originais das páginas 3 pelas fotos neles colocadas, tornando-se portanto, *documentos inautênticos*.

(....) Quanto aos vistos americanos, os peritos podem afirmar, com convicção, que *os vistos consulares* 44432141, 42853952, 26195213 e 29632490 colados nos passaportes impugnados *são falsos*. Os vistos em questão originalmente expedidos pelo consulado americano, apresentam vestígios de reaproveitamento e foram adulterados nas áreas das fotografias, com posterior impressão das fotos neles exibidas. (negritei)

Revela também que:

As assinaturas em nome dos pais lançadas nas autorizações de viagem de fls. 11 a 14 dos autos, bem como aquelas apostas nos passaportes e requerimentos para passaportes correspondentes ao CL 315503, CL 316142, CK 012447 e CJ 949509 *não são da autoria de Kátia Andrade Cruz Guimarães*

da Silva, ou seja, não foram produzidas pelo punho fornecedor dos padrões gráficos de fls. 30 a 33 dos autos.

Reconhece-se, dos fatos levantados na perícia criminal retromencionada, a comprovada materialidade do crime de falsificação de documento público – art. 297 do Código Penal. Entretanto, não é possível atribuir a autoria deste delito à apelante, por não existirem provas que permitam tal conclusão. Impossível, *in casu*, a individualização das funções atribuídas a cada membro da organização criminosa.

Pelo exposto, impõe-se a manutenção da sentença no tocante ao crime prescrito no art. 239 da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Da dosimetria da pena

Correta a observação feita pelo eminente Relator, ao modificar a sentença no tocante à aplicação do art. 14, inciso II, do Código Penal.

A previsão contida no mencionado artigo determina a redução mínima de 1/3 (um terço)

Art. 14:

Parágrafo único – Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, *diminuída de um a dois terços*.

A se confirmar a sentença nos termos proferidos pelo MM. juiz *a quo*, sujeitar-se-ia a apelante à *reformatio in pejus*, o que não é permitido, a não ser quando há recurso do órgão acusador.

Fixada a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão, aplica-se a causa de diminuição de pena de 1/3 (um terço), o que perfaz o *quantum* de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. A pena de multa, estabelecida em 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, reduz-se a 20 (vinte) dias-multa, na mesma proporção de valores, de acordo com o art. 14, inciso II, do CP.

Presentes as condições do art. 44, I, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo juiz da execução, de acordo com o art. 66, inciso V, *a*, da Lei de Execuções Penais.

2. Pelo exposto, dou parcial provimento ao apelo da condenada, para reduzir-lhe a pena definitiva para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, devidamente corrigidos, por infração ao art. 239 da Lei 8.069/90 – ECA.

3. É como voto.

Quarta Turma

Habeas Corpus

2004.01.00.049467-6/MT

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo

Impetrante: Luiz Viero Trevisan

Advogado: Dr. Ulysses Ribeiro

Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara/MT

Paciente: Luiz Viero Trevisan

Publicação: DJ 2 de 28/04/05

Ementa

Penal. Processo Penal. Habeas corpus. Reduzir alguém à condição análoga à de escravo (art. 149, CP). Frustrar direito assegurado por lei trabalhista (art. 203, CP). Competência. Ausência de interesse específico da União. Competência da Justiça Estadual. Ordem concedida.

I. O trabalho em condições subumanas, análogas às de escravo, sem observância das leis trabalhistas e previdenciárias, tipifica crime contra a organização do trabalho, se a respectiva conduta afetar coletivamente as instituições trabalhistas. Configuração de crime contra a liberdade individual.

II. Competência da Justiça Estadual.

III. Ordem concedida.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, conceder a ordem de *habeas corpus*.

4ª Turma do TRF-1ª Região – 08/03/05.

Desembargador Federal *Carlos Olavo*, Relator.

Relatório

O Exmo Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Ulysses Ribeiro, em favor de Luiz Viero Trevisan, pretendendo a declaração de incompetência da Justiça Federal ou o trancamento da Ação Penal 2003.36.00.012953-1, instaurada contra o paciente e outros.

O paciente Luiz Viero Trevisan foi denunciado pela prática dos delitos de perigo para a vida ou saúde de outrem (art. 132, parágrafo único, do CPB), frustração de direito assegurado por lei trabalhista (art. 203, § 1º, inciso I, do CPB) e sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A).

O impetrante aduz que o paciente também foi denunciado pela prática do art. 149 do CPB, reduzir alguém à condição análoga à de escravo, face aos fatos descritos na denúncia, apesar de não haver tal classificação na peça acusatória.

Segundo a impetração a Justiça Federal é incompetente para processar e julgar o feito, uma vez que em relação ao crime de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do CPB), o único que atraía a competência da ação penal para a Justiça Federal, foi decretada a extinção da punibilidade, com fulcro no art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/03. No entendimento do impetrante, esse fato afasta a competência do âmbito federal, devendo o feito ser remetido à Justiça Estadual.

Alega, ainda, que a denúncia não descreve de modo circunstanciado a participação do acusado nos fatos tidos como delituosos, não comprovando a participação do paciente, sendo, portanto, inepta.

Em suma, afirma a ocorrência de constrangimento ilegal, por excesso ocorrido na denúncia e falta de justa causa para a ação penal, além da incompetência da Justiça Federal.

Liminar indeferida a fls. 426.

A autoridade apontada como coatora prestou informações a fls. 430/431.

Parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Dr. Marcelo Antônio Ceará Serra Azul, a fls. 455/470, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto*

O Exmo Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — O Ministério Público Federal narrou condutas atribuídas ao denunciado, ora paciente, Luiz Viero Trevisan, descritas no tipo legal do art. 149 do CPB, reduzir alguém à condição análoga à de escravo, embora não tenha lhe atribuído, de forma literal, a prática de tal crime. Como o acusado se defende dos fatos contidos na denúncia e não da classificação dada aos crimes, analiso, nesta impetração, a acusação referente ao crime de trabalho escravo (art. 149 do CPB), já que uma das questões do mérito da impetração refere-se à definição de competência do Juízo processante: se Federal ou

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz e o Exmo. Sr. Juiz Marcus Vinícius Bastos (convocado).

Estadual.

Inicialmente, impende observar que em outras ações com o mesmo objeto desta, na qual se pretende o reconhecimento da incompetência da Justiça Federal para o julgamento de ações penais instauradas para apuração da prática do crime descrito no art. 149 do CPB (redução à condição análoga à de escravo), temos decidido pela competência da Justiça Federal, principalmente em razão do número excessivo de trabalhadores que laboram sob tal condição, e em razão da violação de leis previdenciárias e trabalhistas, o que, em princípio, poderia atrair a competência da Justiça Federal. Precedentes: HC 2002.01.00.044808-9/MT; HC 2003.01.00.014318-9/MA.

Refletindo mais detidamente sobre a questão constato que os julgamentos proferidos no egrégio Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria têm concluído no sentido do reconhecimento da competência da Justiça Estadual, quando não afetadas as instituições do trabalho coletivamente consideradas. É o teor dos conflitos de competência CC 33505/SP, CC 2314/MG e CC 34424/SP.

No mesmo sentido, a Sexta Turma daquela Corte Superior de Justiça, em julgamento recente (21/10/04), por unanimidade:

Penal e Processual. Crimes contra a liberdade individual e contra a organização do trabalho. Competência.

Compete à Justiça Federal o julgamento dos crimes que ofendam o sistema de órgãos e instituições que preservam coletivamente os direitos do trabalho, e não os crimes que são cometidos contra determinado grupo de trabalhadores.

A infringência dos direitos individuais de trabalhadores, inexistindo violação de sistema de órgãos e instituições destinadas a preservar a coletividade trabalhista, afasta a competência da Justiça Federal.

Recurso provido, para reformar o acórdão impugnado, anular todos os atos decisórios eventualmente proferidos e declarar competente a Justiça Estadual maranhense, a quem será remetido o feito. RHC 15702/MA; Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 2004/0014999-0. Ministro Paulo Medina (1121). 6ªT – Sexta Turma. 21/10/04. DJ 22/11/04, p. 387

Entendimento também esposado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal no julgado RE 156527/ PA, DJ 27/05/94.

Na hipótese em tela, o impetrante pretende o reconhecimento de que os delitos narrados pelo Ministério Público não ofendem a organização geral do trabalho ou o direito dos trabalhadores considerados coletivamente. E que o crime praticado contra determinado grupo de trabalhadores, sob a responsabilidade do paciente, afastaria de imediato, a competência da Justiça Federal.

A Constituição Federal, no seu art. 109, VI, define como uma das compe-

tências criminais da Justiça Federal, o julgamento dos crimes praticados contra a organização do trabalho. Entretanto, coube ao intérprete da lei definir o que seriam os crimes praticados contra a organização do trabalho, já que são várias as condutas previstas no Título IV do Código Penal.

Ora, os delitos contra a organização do trabalho de competência da Justiça Federal são aqueles que tenham pertinência com o sistema geral de órgãos e instituições que preservam os direitos e deveres dos trabalhadores de forma coletiva.

A violação aos direitos individuais de trabalhadores, sem violação ao sistema de órgãos e instituições que tenham por finalidade preservar a coletividade trabalhista, afasta a competência da Justiça Federal.

A questão resulta de notícia trazida a conhecimento judicial sobre a manutenção de indivíduos em propriedade rural, submetidos à jornada laboral excessiva, infimamente remunerada, à margem da legislação previdenciária e trabalhista, sujeitos a endividamento crescente, sob ameaça e vigilância ofensivas, de maneira a impedi-los de abandonar o local de trabalho, enquanto não quitassem as dívidas contraídas.

Por outro lado, não será o conjunto de tantos indivíduos que definirá, em termos de coletividade, o alcance da suposta ofensa, para alçá-la como lesiva à organização geral do trabalho, posto que a conduta tida por ilícita não engloba nem compromete, no todo, tal bem jurídico.

Além de impróprio a critério aritmético, impende ressaltar, como bem acentuou o eminente Ministro Paulo Medina (RHC 2004/001/14999-0) “que o interesse do Estado em proteger o *status libertatis* individual não é suficiente para, *per si*, deslocar, para a Justiça Federal, a competência para processar e julgar casos desta espécie, pois, se assim fosse, todas as hipóteses de violência, em especial a urbana, bem como qualquer conduta delituosa capaz de causar dano à liberdade individual ou à dignidade da pessoa haveriam de ser julgados por juízes federais, raciocínio que, sem dúvida, não reflete a melhor interpretação da lei”.

Segundo a Súmula 115 do extinto Tribunal Federal de Recursos, os crimes praticados contra a liberdade individual dos trabalhadores, ou seja, individualmente considerados, são remetidos à Justiça Estadual para o seu regular processamento.

E, como bem aduz a douta representante do Ministério Público Federal, Dra. Maria Célia Mendonça, no parecer de fls. 393/394:

Cabe destacar que é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que compete à Justiça Estadual processar e julgar crimes contra a liberdade de trabalho inseridos no Título IV, arts. 197 a 207 do Código Penal, quando a conduta delitiva consistir em lesar direitos trabalhistas

individuais, hipótese que não importa em lesão à organização do trabalho, nos termos postos no art. 109, VI, da CF/88 e apto a fixar a competência da Justiça Federal. Cf. STJ CC 36174 DJ: 15/09/03; CC 29509 DJ: 05/05/03; CC 36289 DJ: 10/02/03; CC 35150 DJ: 19/12/02; CC 34254 DJ: 30/09/02; CC 26945 DJ: 14/06/00.

(....)

À vista do exposto, opina o Ministério Público Federal pela concessão da ordem para declarar a incompetência da Justiça Federal com remessa dos autos à Justiça Estadual onde deve ter prosseguimento a ação penal (fls. 394)

Pelo exposto, reconsiderando meu anterior entendimento, concedo a ordem pleiteada para reconhecer a incompetência da Justiça Federal e determinar a remessa dos autos à Justiça Estadual.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Senhor Presidente, o voto que passo a proferir valerá para ambos os processos. A questão da competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho passa, no meu entender, pela exegese que vem sendo dada nas Cortes Superiores ao Texto Constitucional, por uma questão de semântica e não de técnica jurídica propriamente, porque os crimes contra a organização do trabalho, na técnica jurídica penal, estão compendiados no Código Penal (arts. 197 a 207). Mas, a despeito dessa topologia, digamos assim, técnica do Código Penal, a exegese é semântica. A organização não é a que se reporta o título do diploma repressivo codificado, mas é organização-sistema de órgãos que se destinam a tutelar coletivamente as instituições do trabalho. Então a questão é semântica. E a exegese que se firmou é no sentido de que o Texto Constitucional não tem aquela especificidade técnica dos crimes contra a organização do trabalho, capitulados no Código Penal, mas a organização do trabalho, constitucionalmente protegida, é o sistema de órgãos que tutela o trabalho no País.

Senhor Presidente, a matéria ainda está sendo questionada. E essa querela, realmente, tem advindo, no meu sentir, do posicionamento adotado pelo próprio Ministério Público, que é colidente. Enquanto parte da instituição propende para a adoção do entendimento, até sumulado pelo antigo Tribunal Federal de Recursos, parte, hoje, busca uma revisão desse entendimento, que vem sendo repellido no colendo STJ, como Vossa Excelência bem demonstrou e que, inclusive, reformou acórdãos desta 4ª Turma do Tribunal Regional Federal, que acolhiam a tese da competência da Justiça Federal para esses casos de crimes contra a organização

do trabalho e de prática de trabalho escravo, nos termos dos artigos próprios, pertinentes, do Código Penal. Pode ser que ainda haja desdobramentos no Supremo desta matéria, até porque, salvo engano, há um caso rumoroso, envolvendo um deputado, que está para ser julgado. Mas, de qualquer maneira, quando ocorrer o julgamento, se é que não ocorreu, o Supremo lançará, aí, sim, dentro do exercício de sua competência específica, um entendimento definitivo, porque vai abordar a matéria constitucional, ou modificando o que se cristalizara anteriormente, ou mantendo esse entendimento cristalizado no sentido de que, no caso, inexistente a competência da Justiça Federal. Vejamos o que os tempos futuros irão nos trazer.

No caso, um aspecto chama a atenção: o juiz, quando afirmou a competência da Justiça Federal, fê-lo invocando o art. 81 do Código de Processo Penal, à conta de que ele proclamara a extinção da punibilidade por um dos crimes conexos. E, tendo proclamado a extinção de um dos crimes conexos, mas remanescendo outros crimes a serem apreciados, aplicar-se-ia ao caso o art. 81 do Código de Processo Penal: “Verificada a reunião dos processos por conexão ou continência, ainda que no processo de sua competência própria venha o juiz ou Tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos”. Essa regra do Código de Processo Penal invocada pelo magistrado, na exegese que desenvolveu para chegar ao seu raciocínio, justificaria a manutenção da competência na Justiça Federal, porque o juiz disse que, no caso, se perpetuara a jurisdição. Mas isso remete a um outro exame. Estava com o memorial, olhei a denúncia que foi oferecida contra esses pacientes e em relação à qual se pretende ver reconhecida a incompetência da Justiça Federal, e, na realidade, essa denúncia, a despeito de fazer menção à ocorrência do delito do art. 337, *a*, do Código Penal, não descreve qualquer fato que dê suporte à classificação invocada. Não chega a precisar qual o valor das contribuições que teriam sido sonegadas ou omitidas, e, no particular, parece-me que a denúncia, neste caso, não justifica a atração da competência da Justiça Federal por sua própria fragilidade ou inanidade em relação à exposição dos fatos. E esse aspecto da deficiência da denúncia na exposição fática, no particular, compromete, no meu entender, a aplicação da regra de competência invocada pelo magistrado para justificar sua decisão de manter os autos na Justiça Federal.

Considerando não se aplicar, realmente, no caso, o art. 81, não haver base fática para a aplicação do art. 81 do Código de Processo Penal relativamente à exposição contida na denúncia, afastado, no particular, essa fundamentação do magistrado e reconhecendo a incompetência da Justiça Federal para tratar dos crimes que foram imputados em detrimento da organização do trabalho, determinando, como fez Vossa Excelência, a remessa dos autos para a Justiça do Estado que for

competente para o caso.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Juiz Marcus Vinícius Bastos (convocado): — Senhor Presidente, tenho, para mim, que a conduta de reduzir alguém à condição análoga de escravo, independentemente do número de empregados supostamente submetidos a uma tal condição, se verossímil, se a denúncia se fizer acompanhar dos elementos mínimos que a lei processual penal exige, ela, por si só, ofende a organização do trabalho, institucionalmente falando; ofende não apenas a organização do trabalho, como o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, que é princípio fundamental da Constituição Federal, e os direitos humanos mais elementares reconhecidos pelo nosso País em inúmeros acordos internacionais dos quais fez parte. É precisamente por isso, Senhor Presidente, que entendo que um caso desses é típico e se amolda ao art. 109, VI, da Constituição Federal, quando estipula ser da competência da Justiça Federal comum o processo e julgamento de crime contra a organização do trabalho. Essa é uma imputação que, a meu ver, toca diretamente à organização do trabalho, dado o potencial que tem de desestruturar, desestabilizar todo o sistema de proteção ao trabalho, independentemente de o grupo ser de dez, quinze, vinte, oitenta, cem, cinqüenta trabalhadores.

Então, Senhor Presidente, com as vênias de Vossa Excelência e do eminente Revisor, Desembargador Federal Hilton Queiroz, vou ficar com o precedente desta Turma, que é de Vossa Excelência, que diz o seguinte: “Número expressivo de pessoas, oitenta e seis, trabalhando para o paciente em condições subumanas, análogas à de escravo, sem observância das leis trabalhistas e previdenciárias. Configuração de crime contra a organização geral do trabalho. Interesse da União no combate às práticas atentatórias contra a dignidade da pessoa humana e a liberdade do trabalho. Competência da Justiça Federal. Ordem denegada”.

Não me impressiona essa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *data venia*, e me parece que o Supremo Tribunal Federal deve firmar essa tese, porque o julgamento a que se referiu o eminente Desembargador Federal Hilton Queiroz já começou, e os primeiros votos têm sido nesse sentido, no de afirmar a competência da Justiça Federal comum.

Então, com essas considerações, denego a ordem.

Quinta Turma

Apelação Cível

2000.01.00.035644-6/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira

Apelante: Luiz Ramom Brito

Advogada: Dra. Verônica da Silva Brito

Apelada: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Publicação: DJ 2 de 30/05/05

Ementa

Administrativo. Concurso público para a Polícia Rodoviária Federal. Exame psicotécnico. Caráter sigiloso e irrecorrível. Resultado imotivado. Inconstitucionalidade. Alegação, pela União, de que não é possível a realização do exame dentro dos parâmetros constitucionais. Afastamento puro e simples do requisito. Única hipótese viável. Provimento à apelação.

I. Não prospera a alegação de preclusão por falta de impugnação ao edital do concurso. Até no Direito Eleitoral, campo fértil do princípio da preclusão, este é afastado quando se trata de questão constitucional, que é a natureza da questão sob julgamento.

II. O exame psicotécnico aplicado ao autor é daqueles que não atendem aos requisitos mínimos do devido processo legal. O edital do concurso previu que seu resultado não seria objeto de recurso; não houve divulgação dos respectivos critérios, dos nomes dos profissionais integrantes da banca examinadora, nem do perfil eleito como adequado para a função de policial rodoviário federal; o resultado consistiu numa simples menção – *apto* ou *inapto* – sem qualquer justificativa; o candidato não pôde ter vista de sua avaliação.

III. A Administração alega que esse método sigiloso é condição imprescindível para eficácia do exame. Fossem revelados os critérios empregados e os respectivos resultados, haveria a possibilidade de candidatos serem treinados para revelarem, nos exames seguintes, perfil que na realidade não têm, sem contar que o conhecimento de certos aspectos da própria personalidade poderia causar traumas ao examinando.

IV. Não se descarta a possibilidade de considerar o psicotécnico como indispensável à seleção de policiais com temperamento adequado às peculiaridades da função (cujo conteúdo é essencialmente a segurança da sociedade), e do sigilo

como imprescindível à eficácia desse exame. Mas não é razoável que um tema constitucional de tamanha importância possa ser tratado por meio de simples resoluções administrativas.

V. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que o “exame psicotécnico, especialmente quando possuir natureza eliminatória, deve revestir-se de rigor científico, submetendo-se, em sua realização, à observância de critérios técnicos que propiciem base objetiva destinada a viabilizar o controle jurisdicional da legalidade, da correção e da razoabilidade dos parâmetros norteadores da formulação e das conclusões resultantes dos testes psicológicos, sob pena de frustrar-se, de modo ilegítimo, o exercício, pelo candidato, da garantia de acesso ao Poder Judiciário, na hipótese de lesão a direito” (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 467.616-7 – 2ª Turma – Relator Ministro Celso de Mello – DJU 11/06/04).

VI. Não há espaço para uma decisão intermediária pela realização de novo exame com os devidos requisitos. Além disso, considerar que a única possibilidade seria o candidato pedir que o ato seja devidamente motivado, pedir a faculdade de recorrer ou pedir a repetição do exame dentro dos requisitos constitucionais é contemporizar e perpetuar a referida situação. Nada mudará enquanto o Poder Judiciário continuar encontrando formas de salvar o exame psicotécnico, tal como tem sido aplicado nos concursos públicos, de suas gritantes inconstitucionalidades.

VII. Provimento à apelação para, afastando o obstáculo criado com o resultado do exame psicotécnico, convalidar a continuação do ora apelante no concurso público para policial rodoviário federal e garantir sua nomeação e posse no cargo, preenchidos os demais requisitos legais.

Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

5ª Turma do TRF-1ª Região – 13/12/04.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Na sentença, de fls. 73/79, foi julgado improcedente o pedido, sob fundamento de que: a) a Lei 9.654/98 prevê que o ingresso na carreira de policial rodoviário federal “dar-se-á mediante aprovação em concurso público, constituído de duas fases, ambas eliminatórias e

classificatórias, sendo a primeira de exame psicotécnico e de provas e títulos e a segunda constituída de curso de formação”; b) a Constituição, no art. 37, I, prevê que o ingresso em cargo público depende do preenchimento dos requisitos previstos em lei; c) a Súmula 239 do antigo Tribunal Federal de Recursos já dispunha que *é legítima a exigência de exame psicotécnico, em concurso público para o ingresso na Academia Nacional de Polícia, revogada a Súmula 127*; d) “embora o autor tenha impugnado o caráter sigiloso do exame, não formulou pedido decorrente daquela causa de pedir, no sentido de lhe ser assegurado vista do resultado do teste, ou mesmo para ser apreciado eventual recurso a ser interposto contra a decisão que o considerou inapto”.

Apela o autor, argumentando que: a) “em nenhum momento sustentou a ausência de previsão legal para o exame psicotécnico”, mas que “deveria pautar-se em critérios científicos”, “garantindo-se o respeito aos princípios constitucionais”; b) “em nenhum momento foi dado a conhecer os nomes dos examinadores, os critérios de avaliação, o conhecimento pelo candidato de sua inaptidão”; c) a nulidade do exame “é consectário lógico de um ato viciado de ilegalidade que não sana nunca, mesmo que se pedisse vista ou possibilidade de recurso, fato este vedado expressamente no edital, tendo sido efetuado pedido no sentido de declaração de nulidade desse item em sua petição inicial, julgado improcedente na respeitável sentença”; d) os exames psicotécnicos “não devem ter caráter eliminatório e cunho nitidamente subjetivo, bem como devem oferecer oportunidade de defesa”; e) dispôs o item 11.7 do edital: “Não serão objeto de recurso os resultados do exame psicotécnico, dos exames médicos, das provas de capacidade física ou da prova de motorismo”; f) “o autor foi considerado inapto num exame em que não se conhece a junta de psicólogos, os critérios de avaliação e ainda obsta a possibilidade de recurso administrativo”; g) “o *perfil psicológico* estabelecido tem caráter subjetivo, não tendo sido estabelecidos critérios nem parâmetros para essa análise, pois em nenhum momento tornou-se público qual o perfil desejado, quais os padrões de avaliação para a escolha do candidato dentro do perfil pretendido”; h) “temos nos autos uma colisão de princípios constitucionais”; i) “alcançou êxito em todas as provas subseqüentes, inclusive com aproveitamento de 100% no curso de formação”; j) deve ser determinada “sua pronta nomeação, obedecendo a classificação da primeira prova, de caráter classificatório, em consonância com o princípio da igualdade perante os demais candidatos”.

A União, nas contra-razões, alega que: a) a exigência de exame psicotécnico tem fundamento constitucional e legal; b) “o autor, quando de sua inscrição no mencionado concurso, aderiu inteiramente às regras contidas no edital regedor do certame, tendo pleno conhecimento do caráter eliminatório do exame psicotécnico, bem como de seu processamento”; c) “se o postulante não concordava

com as normas editalícias, deveria impugnar o respectivo instrumento, inclusive judicialmente, pelo que tardia a irresignação quando ao seu teor”; d) “é impossível traçar o perfil profissiográfico de uma pessoa ou estudar as suas reações pelo critério da múltipla escolha”; e) “o exame *sub judice* buscou cotejar o perfil do candidato e o perfil profissional de um policial rodoviário federal, por intermédio de investigação de características de personalidade, aptidões específicas e área intelectual, o que, em obediência ao edital, realizou-se através de técnicas psicológicas, de cunho científico”; f) “o exame foi ministrado por profissionais sérios e competentes”; g) “quanto ao alegado sigilo, este é imposto pelo Código de Ética Profissional do Psicólogo do Conselho Federal de Psicologia”; h) “a quebra de sigilo profissional é definida no Código Penal como crime”; i) a Constituição prevê a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas; j) “o laudo psicológico sigiloso e sem nenhuma alusão ao requerente” é porque “muitas vezes o conhecimento do resultado de um laudo pode causar conseqüências imprevisíveis e irreparáveis, dependendo do estado patológico do examinado”; l) “é de praxe a divulgação do gabarito de provas após a realização das mesmas, para que o candidato possa verificar o seu *handicap*, porém esta atitude não pode ser tomada no caso do exame psicotécnico, sob pena de não se conseguir mais sigilo em outros concursos e a conseqüente descaracterização dos testes”; m) “para recorrer é preciso que haja vista da prova e, se o candidato não deve tomar conhecimento pelos motivos expostos, como poderá recorrer?” “poderá o candidato contestar a avaliação dos exames realizada por uma junta de psicólogos sendo ele leigo? n) “a habilitação em concurso público não gera direito à nomeação, mas tão-somente expectativa de direito à nomeação”.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Supero, de início, a alegação de que, não tendo sido impugnado previamente o edital do concurso, não é possível discutir, inclusive judicialmente, as respectivas regras. Acima de um edital de concurso está a lei e muito mais acima está a Constituição. Até no Direito Eleitoral, campo fértil do princípio da preclusão, este é afastado quando se trata de questão constitucional, que é a natureza da questão sob julgamento.

O exame psicotécnico aplicado ao autor é daqueles que não atendem aos requisitos mínimos do devido processo legal. O edital do concurso previu que não seriam objeto de recurso os resultados do exame psicotécnico, dos exames

* N.E.: Participaram do julgamento as Exmas. Sras. Des. Federais Selene Maria de Almeida e Maria do Carmo Cardoso.

médicos, das provas de capacidade física ou da prova de motorismo. Não houve divulgação dos critérios de exame, dos nomes dos profissionais integrantes da banca examinadora, nem do perfil eleito como adequado para a função de policial rodoviário federal. O resultado consistiu numa simples menção – *apto* ou *inapto* – sem qualquer justificativa, e o candidato não pôde ter vista de sua avaliação.

A Administração alega que esse método sigiloso do exame psicotécnico é condição imprescindível para sua eficácia. Fossem revelados os critérios empregados e os respectivos resultados, haveria a possibilidade de candidatos serem treinados para revelarem, nos exames seguintes, perfil que na realidade não têm, sem contar que o conhecimento de certos aspectos da própria personalidade poderia causar traumas ao examinando.

Se procedente essa argumentação, o exame psicotécnico, em caráter eliminatório, nos concursos públicos, não terá como ser aplicado no regime constitucional e legal brasileiro, principalmente depois da Lei 9.784/99, cujo art. 50 estabelece que os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, entre outros casos, quando *nequem, limitem ou afetem direitos ou interesses* e quando *decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública*. Na mesma direção aponta a Súmula 684 do colendo Supremo Tribunal Federal: *É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público*.

Para fugir à regra não basta que a lei estabeleça a exigência de exame psicotécnico. Haveria necessidade, no mínimo, de que autorizasse a forma sigilosa de sua realização, sigilo esse que, nos termos da Constituição, art. 5º, XXXIII, só é admitido quando imprescindível (não basta ser simplesmente necessário ou útil) à segurança da sociedade e do Estado. Não se descarta a possibilidade de considerar o psicotécnico como indispensável à seleção de policiais com temperamento adequado às peculiaridades da função (cujo fim é a segurança da sociedade), e do sigilo como imprescindível à eficácia desse exame. Mas não é razoável que um tema constitucional de tamanha importância (relativo a direitos fundamentais) fique à mercê de simples decisões administrativas.

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que “o exame psicotécnico, especialmente quando possuir natureza eliminatória, deve revestir-se de rigor científico, submetendo-se, em sua realização, à observância de critérios técnicos que propiciem base objetiva destinada a viabilizar o controle jurisdicional da legalidade, da correção e da razoabilidade dos parâmetros norteadores da formulação e das conclusões resultantes dos testes psicológicos, sob pena de frustrar-se, de modo ilegítimo, o exercício, pelo candidato, da garantia de acesso ao Poder Judiciário, na hipótese de lesão a direito” (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 467.616-7 – 2ª Turma – Relator Ministro Celso de Mello – DJU 11/06/04).

Pediu o autor, na inicial, declaração de “nulidade do ato administrativo que o excluiu do certame (resultado do exame psicoteste), nulidade do item 11.7 do edital, bem como considere a validade da sua aprovação nas provas subseqüentes (exames médicos, capacidade física e motorismo) e na hipótese de sua aprovação no curso de formação, seja deferida sua pronta nomeação, obedecendo a classificação da primeira prova, de caráter classificatório, em consonância com o princípio da igualdade perante os demais candidatos”.

Na sentença, considerou-se que, “embora o autor tenha impugnado o caráter sigiloso do exame, não formulou pedido decorrente daquela causa de pedir, no sentido de lhe ser assegurado vista do resultado do teste, ou mesmo para ser apreciado eventual recurso a ser interposto contra a decisão que o considerou inapto”. Acontece que a União diz ser impossível a realização do exame com motivação do respectivo resultado e vista ao candidato para efeito de recurso. Não há, pois, espaço para uma decisão intermediária, qual seja, a realização de novo exame com esses requisitos.

Além disso, considerar que a única possibilidade seria o candidato pedir que o ato seja devidamente motivado, pedir a faculdade de recorrer ou pedir a repetição do exame dentro dos requisitos constitucionais é contemporizar e perpetuar a referida situação. Nada mudará enquanto o Poder Judiciário continuar encontrando formas de salvar o exame psicotécnico, tal como tem sido aplicado nos concursos públicos, das referidas inconstitucionalidades.

A avaliação da aptidão e capacidade do autor será realizada no estágio probatório, na forma do art. 20 da Lei 8.112/90.

Reformo, pois, a sentença para afastar o obstáculo criado com o resultado do exame psicotécnico à continuação do ora apelante no concurso público para policial rodoviário federal, garantindo-se sua nomeação e posse no cargo, preenchidos os demais requisitos legais.

É como voto.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Senhor Presidente, como já antecipei, tenho o mesmo pensamento de Vossa Excelência com relação à técnica do exame de psicotécnico e também com relação a superar essa fase, uma vez que o candidato concluiu o exame de formação muito bem classificado.

Acompanho Vossa Excelência.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Senhor Presidente, trata-se de apelação interposta por Luiz Ramom Brito contra sentença que indeferiu o seu pedido para anular o resultado do exame psicotécnico a que se submeteu em concurso público para a Polícia Rodoviária Federal.

Tenho reiteradamente concordado com a jurisprudência majoritária segundo a qual o exame psicotécnico é legal e pode, inclusive, revestir-se de natureza eliminatória. Todavia, no caso em exame, a Administração está inflexível quanto ao caráter sigiloso do concurso e quanto à negativa de informar ao candidato as razões pelas quais foi reprovado. Além disso, não houve prévia divulgação dos nomes dos profissionais integrantes da banca examinadora.

Diante da situação concreta e do caráter manifestamente inconstitucional do caráter sigiloso do exame e da resistência da Administração em fundamentar sua decisão, dou provimento à apelação do autor para reformar a sentença e garantir a nomeação de Luiz Ramom Brito e posse no cargo de policial rodoviário federal. Acompanho o Relator.

Sexta Turma

Agravo de Instrumento

2004.01.00.037094-5/MG

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Agravante: Sociedade Educacional Uberabense – Universidade de Uberaba

Advogado: Dr. Carlos Mário da Silva Velloso Filho

Agravado: Ministério Público Federal

Procurador: Dr. Ângelo Giardini de Oliveira

Publicação: DJ 2 de 09/05/05

Ementa

Administrativo. Agravo de instrumento. Ação civil pública. Contratação de intérpretes para auxiliar alunos com deficiência auditiva em estabelecimento de ensino superior.

I. Embora não haja dúvidas de que os estabelecimentos de ensino superior devem oferecer serviço de apoio especializado aos portadores de deficiência auditiva, sendo claro o art. 59 da Lei 9.394/96 ao dispor, em seu inciso III, que “os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado”, não há exigência, na legislação que rege a matéria, de que ofereçam a esses alunos intérpretes em tempo integral, mesmo sem requerimento

do interessado.

II. Não se afigura razoável exigir que a agravante contrate, em prazo exíguo, sob pena de multa diária, intérpretes para os seus alunos com deficiência, especialmente considerando que a Lei 10.172/01, que aprovou o Plano Nacional de Educação, estabeleceu o prazo de cinco anos para implantar, e dez anos para generalizar, o ensino da Libras para os alunos surdos e, sempre que possível, para seus familiares e para o pessoal da unidade escolar, mediante programa de formação de monitores, em parceria com organizações não governamentais.

III. Agravo de instrumento ao qual se dá parcial provimento.

Acórdão

Decide a Sexta Turma, por maioria, dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora.

6ª Turma do TRF-1ª Região – 27/04/05.

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Sociedade Educacional Uberabense – Universidade de Uberaba contra decisão que, em ação civil pública, deferiu o pedido de liminar formulado pelo Ministério Público Federal, determinando que a agravante:

(i) adotasse “as providências necessárias para o oferecimento de intérpretes da Língua Brasileira de Sinais (Libras), em número suficiente, a todos os acadêmicos deficientes auditivos que deles necessitarem, com relação a todas as atividades acadêmicas (inclusive em sala de aula)”;

(ii) procedesse à “ampla divulgação, no ambiente acadêmico, do oferecimento do apoio especializado, inclusive mediante comunicação a todos os alunos por ocasião da matrícula” e, também,

(iii) adotasse “critérios flexíveis e diferenciados na correção dos exames a que são submetidos os alunos portadores de deficiência auditiva, reconhecendo-se o conteúdo semântico em detrimento da expressão lingüística”.

A juíza *a quo* determinou que a sua decisão fosse cumprida no prazo de 15 dias, fixando, ainda, multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), em caso de descumprimento da sua ordem.

Irresignada, recorre a agravante, alegando que o Decreto 3.298/99, ao regulamentar a Lei 7.853/89, não obriga as universidades a oferecerem intérpretes

da Língua Brasileira de Sinais (Libras), em número suficiente, a todos os seus deficientes auditivos, com relação a todas as atividades acadêmicas, inclusive nas salas de aula, tal como determinado pela decisão agravada. Sustenta que o art. 58, § 1º, da Lei 9.394/96 e o art. 17 da Lei 10.098/00 também não lhe impõem essa obrigação, sendo certo, ainda, que a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência não faz nenhuma exigência nesse sentido.

Ademais, alega a agravante que a Portaria MEC 3.284/03 deixa claro que o oferecimento de intérpretes de língua de sinais/Língua Portuguesa é condicionado à prévia solicitação e à real necessidade do aluno portador de deficiência auditiva, circunstâncias essas que o Ministério Público não comprovou na sua ação civil pública.

Afirma a agravante, ainda, que, se a Portaria MEC 3.284/03, em seu art. 2º, § 2º, teve o cuidado de reconhecer a impossibilidade de contratação imediata de intérpretes pelas universidades federais, não é admissível que se exija essa obrigação de instituição particular, determinando-se que a cumpra em prazo exíguo, sem nem mesmo levar em conta a carência de profissionais qualificados no mercado de trabalho.

Assevera, também, que a Lei 10.172/01 fixou prazo razoável, de 5 a 10 anos, para a implementação de medidas que visam a conferir acessibilidade à educação aos alunos portadores de deficiência auditiva, e que a liminar deferida não teria observado esse prazo, determinando que tudo fosse feito em 15 dias, afrontando, assim, o princípio do devido processo legal substantivo.

Por fim, alega que a decisão agravada tem caráter satisfativo, e que isto não é admissível, pois não se pode deferir medida cautelar, como se fosse antecipação de tutela, como ocorreu no caso, sem que o MPF tenha juntado aos autos prova inequívoca capaz de demonstrar a verossimilhança das suas alegações. Ademais, sustenta que não está presente, no caso, o *periculum in mora*, e que outras soluções mais simples poderiam ser implementadas, sem acarretar gravame desnecessário à instituição.

A fls. 164-168, consta a decisão em que deferi, em parte, o pedido de efeito suspensivo, apenas para determinar que, no tocante ao oferecimento de intérpretes, a universidade agravante providenciasse a sua contratação no prazo de 45 dias, esclarecendo, ainda, que não há necessidade de o intérprete acompanhar os alunos deficientes em todas as aulas que freqüentam, mas apenas, mediante prévia e expressa solicitação, auxiliá-los em suas necessidades e na realização de provas, quando for preciso complementar avaliação expressa em texto escrito, ou quando esse não tenha expressado o real conhecimento do aluno, tal como previsto na

Portaria MEC 3.284/03.

Com contraminuta, voltaram os autos para julgamento.

Manifestou-se o Ministério Público Federal, a fls. 186-188, opinando pelo não-provimento do presente agravo.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Verifico, da análise dos autos, que o MPF, por meio da sua Procuradoria no Estado de Minas Gerais, instaurou procedimento administrativo cível com a finalidade de apurar o cumprimento, pelas instituições de ensino superior de Uberaba, das normas contidas na Portaria MEC 1.679/99, tendo sido determinado, por meio da Portaria 13/02 do MPF (fls. 34-35), que fossem expedidos ofícios às mencionadas instituições, a fim de que demonstrassem, dentre outras coisas, a satisfação das seguintes imposições legais, no caso de possuírem alunos com deficiência auditiva:

compromisso formal da instituição de proporcionar, desde o acesso até a conclusão do curso: *quando necessário*, intérpretes de língua de sinais/Língua Portuguesa, *especialmente quando da realização de provas ou sua revisão*, complementando a avaliação expressa em texto escrito ou quando esse não tenha expressado o real conhecimento do aluno; flexibilidade na correção das provas escritas, valorizando o conteúdo semântico; aprendizado da Língua Portuguesa, principalmente, na modalidade escrita (para o uso de vocabulário pertinente às matérias do curso em que o estudante estiver matriculado); materiais de informações aos professores para que se esclareça a especificidade lingüística dos surdos (art. 2º, parágrafo único, c, da Portaria 1.679/99).

Anoto que a referida portaria do Ministério da Educação foi revogada pela Portaria 3.284/03, também do MEC, mas a essência do dispositivo acima citado foi mantida pela norma atual, continuando a exigir-se das instituições de ensino superior, em caso de possuírem alunos com deficiência auditiva, compromisso formal, *se for solicitado* e até que o aluno conclua o curso, “de propiciar, *sempre que necessário*, intérpretes de língua de sinais/Língua Portuguesa, *especialmente quando da realização de provas ou sua revisão*, complementando a avaliação expressa em texto escrito ou quando esse não tenha expressado o real conhecimento do aluno” (art. 2º, III, a).

Ora, de acordo com esse dispositivo, as instituições de ensino superior, desde que os alunos com deficiência auditiva assim o requeiram, deverão disponibilizar

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro e Souza Prudente.

intérpretes que os ajudem no que precisam e, especialmente, na fase de realização de provas. Da mesma forma, o art. 27 do Decreto 3.298/99 dispõe que “as instituições de ensino superior deverão oferecer adaptações de provas e os apoios necessários, *previamente solicitados pelo aluno portador de deficiência*, inclusive tempo adicional para realização das provas, conforme as características da deficiência”. Por sua vez, o § 1º do art. 58 da Lei 9.394/96 dispõe que “haverá, *quando necessário*, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial”.

Como se pode perceber, não há nenhuma exigência na Portaria 3.284/03 do MEC, nem no Decreto 3.298/99, que regulamentou a Lei 7.853/89, nem na Lei 9.394/96, e nem na Lei 10.098/00, de que as instituições de ensino superior deverão oferecer intérpretes aos alunos com deficiência auditiva, em tempo integral, independentemente da sua solicitação.

Note-se que, embora não haja dúvidas de que os estabelecimentos de ensino superior devem oferecer serviço de apoio especializado aos portadores de deficiência, sendo claro o art. 59 da Lei 9.394/96 ao dispor, em seu inciso III, que “os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado”, *não há exigência de que o façam em tempo integral, sem requerimento do interessado*.

Devo ressaltar que é razoável a ressalva das normas acima mencionadas, no sentido de que apenas quando os alunos deficientes solicitarem, a instituição deverá disponibilizar intérpretes para atendê-los, porque, por exemplo, há vários graus de surdez e há casos em que, com o uso de um aparelho a pessoa já consegue ouvir melhor, sem a necessidade de intérprete.

No caso dos autos, tendo em vista os depoimentos de fls. 45-50, parece-me, por ora, que há, de fato, necessidade, ao menos para alguns alunos da agravante, de auxílio de intérpretes.

Assim, neste ponto, cabe esclarecer que a decisão recorrida, ao determinar que a agravante adote “as providências necessárias para o oferecimento de intérpretes da Língua Brasileira de Sinais (Libras), em número suficiente, a todos os acadêmicos deficientes auditivos que deles necessitarem, com relação a todas as atividades acadêmicas (inclusive em sala de aula)”, deve ser cumprida observando-se os dispositivos legais acima mencionados, ficando esclarecido que não há necessidade de o intérprete acompanhar os alunos deficientes em todas as aulas que freqüentam, mas apenas, mediante prévia e expressa solicitação, auxiliá-los em suas necessidades e na realização de provas, quando for preciso complementar avaliação expressa em texto escrito, ou quando esse não tenha expressado o real

conhecimento do aluno, tal como previsto na Portaria MEC 3.284/03.

Ressalte-se, ademais, que, embora a solução encontrada pela decisão agravada reflita uma situação de ensino ideal – deficientes auditivos acompanhados em tempo integral, em todas as atividades acadêmicas, sem necessidade de prévio requerimento – a realidade é que a Libras somente foi reconhecida como meio legal de comunicação e expressão e teve sua inclusão determinada nos sistemas de ensino federal, estadual e municipal em abril de 2002, por meio da Lei 10.436/02. A Lei 10.172/01, que aprovou o Plano Nacional de Educação, estabeleceu o prazo de cinco anos para implantar, e dez anos para generalizar, o ensino da Libras para os alunos surdos e, sempre que possível, para seus familiares e para o pessoal da unidade escolar, mediante programa de formação de monitores, em parceria com organizações não governamentais (fls. 148).

Diante dessas circunstâncias, é plausível a alegação da agravante de que não será fácil a contratação de pessoal especializado para atender aos seus alunos com deficiência auditiva. Dessa forma, não é razoável submetê-la ao cumprimento, em prazo exíguo, sob pena de multa diária, de exigência que, no momento atual, embora louvável, parece-me, a um primeiro exame, difícil de ser prontamente atendida, tendo em vista a realidade de nosso sistema de ensino.

De todo modo, é certo que as instituições de ensino privadas, ao contrário das entidades públicas federais, às quais se dirige a ressalva feita pelo § 2º do art. 2º da Portaria 3.284/03, do MEC (fls. 118), não dependem de lei para a criação de cargos de intérpretes e nem de concursos públicos para o seu provimento. Destarte, é o caso apenas de se ampliar o prazo concedido à agravante para a contratação desses profissionais.

Em face do exposto, dou parcial provimento ao agravo, confirmando a decisão de fls. 164-168, apenas para determinar que, no tocante ao oferecimento de intérpretes, a universidade agravante providencie a sua contratação no prazo de 45 dias, esclarecendo, ainda, que não há necessidade de o intérprete acompanhar os alunos deficientes em todas as aulas que freqüentam, mas apenas, mediante prévia e expressa solicitação, auxiliá-los em suas necessidades e na realização de provas, quando for preciso complementar avaliação expressa em texto escrito, ou quando esse não tenha expressado o real conhecimento do aluno, tal como previsto na Portaria MEC 3.284/03.

É como voto.

Voto Vogal
Vencido (em parte)

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Senhora Presidente, de acordo com o que dispõe o art. 208, III, da Constituição da República é dever do Estado com a educação, que será efetivada mediante a garantia de atendimento educacional especializado, aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. Essa norma se constitui em uma garantia fundamental do acesso à educação para todos e esta norma também não se destina apenas ao ensino público, mas ao ensino privado.

Portanto, verifico que a legislação infraconstitucional e infralegal que estabelece prazos não razoáveis, mas absurdamente extensos para dar eficácia a um princípio que, por força da ordem jurídica, já se apresenta auto-aplicável, a meu ver, não merece o abrigo das mãos da Justiça.

No caso dos autos, o pleito ministerial é no sentido de que as entidades de ensino onde haja pessoas com deficiência auditiva devam manter intérpretes para auxiliar esses alunos deficientes na compreensão integral dos conhecimentos que lhe são repassados na entidade educacional. Não vejo como estabelecer dilação temporal para o implemento de uma garantia que já se estampa na Lei Fundamental desde 5 de outubro de 1988.

Com essas considerações, supero os óbices legais ordinários e prestígio a força normativa da Constituição em termos de eficácia plena para, assim, negar integral provimento ao agravo e manter a decisão recorrida em todos os seus termos.

Sétima Turma

Agravo de Instrumento

2004.01.00.046453-6/GO

Relator p/ acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procurador: Dr. Arsênio Neiva Costa

Agravado: Município de Matrincha/GO

Procurador: Dr. José Arimatéia Duailibe e Silva

Publicação: DJ 2 de 02/05/05

Ementa

Processual Civil e Previdenciário. Antecipação de tutela eximindo exercentes de man-

dato eletivo municipal da contribuição previdenciária. Inconstitucionalidade da Lei 9.506, de 30/10/97 (RE 351.717-1/PR). Nova disciplina pós EC 20/98, de 16/12/98. Lei 10.887, de 18/06/04. Agravo provido em parte.

I. A contribuição previdenciária dos exercentes de mandato eletivo tida por inconstitucional pelo STF (RE 351.717-1/PR) foi a instituída pela Lei 9.506, de 30/10/97, em momento anterior à EC 20/98, de 16/12/98.

II. Não obstante fundadas razões no sentido de que a EC 20/98, de 16/12/98, criou a contribuição, observada a anterioridade nonagesimal, ao declarar segurado obrigatório o exercente de mandato eletivo, incluindo-o, assim, na disciplina da Lei 8.212/91 (voto vencido médio), a douta maioria entendeu que essa nova exigência só foi instituída, observada a anterioridade nonagesimal, pela Lei 10.887, de 21/06/04, a qual, para o voto vencido médio, apenas atualizou a legislação previdenciária incluindo a alínea *j* ao inciso I do art. 12 da Lei 8.212/91.

III. Agravo provido em parte para limitar a suspensão concedida pela antecipação de tutela às contribuições previdenciárias anteriores a 20/09/04 apenas, considerando exigíveis aquelas das competências posteriores a essa data.

IV. Autos recebidos em Gabinete em 19/04/05 para lavratura do acórdão. Peças liberadas em 22/04/05 para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a 7ª Turma dar provimento, em parte, ao agravo por maioria.

7ª Turma do TRF-1ª Região – 12/04/05.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação ordinária, deferiu a antecipação da tutela, para determinar a suspensão da exigibilidade do recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre os exercentes de mandato eletivo municipal, cobrada dos Municípios.

Defende o INSS a legalidade da contribuição em tela, requerendo, portanto, a concessão de efeito suspensivo ao presente agravo.

Por decisão de fls. 58, deneguei o pedido de efeito suspensivo.

O agravado não apresentou contraminuta.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Discute-se nos autos a possibilidade, ou não, de suspensão da exigibilidade, liminarmente, da contribuição previdenciária incidente sobre os subsídios dos detentores de mandato eletivo municipal, exigida do Município, com base no art. 12, I, *h*, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.506/97.

Essa lei acrescentou a alínea *h* ao inciso I do art. 12 da Lei 8.212/91, tornando-se obrigatório do regime geral de previdência social, na condição de empregado, o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social.

Ressalte-se, porém, que, quando da edição da Lei 9.506/97, o art. 195, II, da Constituição Federal de 1988 vigorava sem as alterações da Emenda Constitucional 20, de 16/12/98, que previu como segurados obrigatórios do regime geral da previdência social, não só o trabalhador, mas, também, “os demais segurados da Previdência Social”, permitindo, assim, à lei definir outros sujeitos passivos da contribuição previdenciária, o que, entretanto, só veio a ocorrer com a edição da Lei 10.887, de 21/06/04 (art. 11).

Daí por que o Excelso Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em Sessão Plenária, ao julgar o RE 351.717/PR, deu pela inconstitucionalidade da alínea *h* do inciso I do art. 12 da Lei 8.212/91.

Observa-se que a EC 20/98, ao acrescentar à alínea *a* do inciso I do art. 195 da CF a frase: “e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício”, e, ao inciso II desse mesmo artigo, as palavras “e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201”, não “constitucionalizou” a alínea *h* do inciso II do art. 12 da Lei 8.212/91, introduzida pela Lei 9.507/97, nem legitimou, por si só, a cobrança imediata da contribuição sobre a remuneração dos exercentes de mandatos políticos, pois a Constituição não instituiu tributo ou contribuição social, mas permite a sua instituição por lei, ou por medida provisória que venha a ser convertida em lei.

In casu, a Lei 10.887/04 é conversão da MP 167, de 19/02/04, com alterações, e uma dessas alterações foi aquela introduzida no art. 12 da Lei 8.212/91, que não constava do seu texto originário, para mencionar, dentre os segurados do INSS, na condição de empregado, “o exercente de mandato eletivo federal,

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Luciano Tolentino Amaral e Catão Alves.

estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social”, pelo que só a partir da eficácia daquela lei (noventa dias após a publicação – CF, art. 195, § 6º), ou seja, a partir de 20/09/04, poderia dita contribuição ser cobrada de tais pessoas.

Do mesmo modo, no tocante, aos Municípios, assim como em relação aos Estados e à União, considero que, não obstante a redação dada ao inciso I, *a*, do art. 195, da CF/88 pela citada EC 20/98, acrescentando-lhe as palavras “e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício”, também eles só passaram a contribuir sobre a remuneração dos exercentes de mandato após a eficácia da Lei 10.887, de 21/06/04, ou seja, a partir de 20/09/04 (CF, art. 195, § 6º), posto que, antes disso, não havia sequer alíquota para cobrança da nova exação.

Com efeito, foi só a partir da eficácia da Lei 10.887/04 que os exercentes de mandato foram, validamente, considerados segurados da Previdência Social “como empregados”, melhor dizendo, como se empregados fossem. De então em diante, como a Lei 8.212/91, em seu art. 15, I, já considerava *empresa* “órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta e fundacional”, e, no art. 22, I, estabelecia, como estabelece, para as empresas a contribuição de “vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados...”, tem-se que passaram ditas entidades públicas a ser obrigadas a contribuir para a seguridade social, sobre os subsídios dos exercentes de mandato, com o mesmo percentual incidente sobre a folha de salários dos empregados das empresas em geral.

In casu, a ação foi proposta no dia 12/08/04, não sendo legítima a sua exigência pelo INSS até o dia 19/09/04. Por tais razões, nego provimento ao agravo, ressaltando, porém, o direito do agravante de cobrar a mesma contribuição a partir da eficácia da Lei 10.887, de 21/06/04, ou seja, a partir de 20/09/04.

É como voto.

Voto Vogal Médio Vencedor

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Senhor Relator, peço vênua.

A antecipação de tutela só pode ser deferida nos exatos limites do art. 273 do CPC, com a concorrência dos requisitos da verossimilhança da alegação e do risco de dano.

Inconteste que o STF julgou inconstitucional a cobrança da contribuição

previdenciária dos exercentes de mandato eletivo das competências anteriores à EC 20/98, de 16/12/98:

Constitucional. Tributário. Previdência Social. Contribuição social: parlamentar: Exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal. Lei 9.506/97. Lei 8.212/91. CF art 195, II, sem a EC 20/98; art. 195, §4º; art. 154, I.

I – A Lei 9.506/97, §1º do art. 13, acrescentou a alínea *h* ao inciso I do art. 12 da Lei 8.212/91, tornando segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social o exercente de mandato eletivo, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social.

II – Todavia, não poderia a lei criar figura nova de segurado obrigatório da Previdência Social, tendo em vista o disposto no art. 195, II, CF. Ademais, a Lei 9.506/97, §1º do art. 13, ao criar figura nova de segurado obrigatório, instituiu fonte nova de custeio da seguridade social, instituindo contribuição social sobre o subsídio de agente político. A instituição dessa nova contribuição, que não estaria incidindo sobre “a folha de salário, o faturamento e os lucros” (CF, art. 195, I, sem a EC 20/98), exigiria a técnica da competência residual da União, art. 154, I, *ex vi* do disposto no art. 195, §4º, ambos da CF. É dizer, somente por lei complementar poderia ser instituída citada contribuição.

III – Inconstitucionalidade da alínea *h* do inciso I do art. 12 da Lei 8.212/91, introduzida pela Lei 9.506/97, §1º do art. 13.

IV – RE conhecido e provido. (STF, RE 351717-1/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, julg. 08/10/03)

A EC 20/98 deu nova redação ao art. 195, I, *a*, da CF/88:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da *entidade a ela equiparada na forma da lei*, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício. (grifei)

A EC 20/98 trouxe, portanto, para o seio da seguridade social (Leis 8.212 e 8.213/91) os exercentes de cargo eletivo. Em sua disciplina, o “ente público” é equiparado a “empresa” (Lei 8.212/91, art. 15, I) e todo aquele que dele recebe qualquer tipo de remuneração (salário, subsídio, proventos, pensão etc.) é considerado “segurado da Previdência Social”. Para o agente político, seu salário de contribuição é a base de cálculo do tributo (Lei 8.212/91, art. 20 c/c art. 28); para o ente público, é o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer

título ao segurado (art. 22), no prazo de recolhimento fixado pelo art. 30, todos da Lei 8.212/91.

Em síntese, o STF entendeu que a contribuição previdenciária dos exercentes de mandato eletivo veiculada pela Lei 9.506/97 é formalmente inconstitucional, pois reclamava instituição via lei complementar. Com a edição da EC 20/98, todavia, tal contribuição foi por ela instituída, observada, todavia, a anterioridade nonagesimal ou mitigada.

A novel Lei 10.887, de 18/06/04, que acrescenta a alínea *j* ao inciso I do art. 12 da Lei 8.212/91, tem natureza interpretativa e a finalidade única de atualizar a legislação consolidada da Previdência Social, explicitando a hipótese inovada pela EC 20/98, o que, por si, seria suficiente para a cobrança da contribuição daqueles que passaram a exercer os seus mandatos somente em janeiro/05.

Embora evidente, nos exatos termos do pedido de antecipação de tutela (fls. 21), que o que se pede diz com as contribuições previdenciárias correntes, pode-se, todavia, cobrar contribuições passadas.

Pelo exposto, dou provimento, em parte, ao agravo, mantendo a suspensão da exigência apenas das contribuições de competências anteriores à EC 20/98 e até março/99 (anterioridade mitigada).

Oitava Turma

Apelação em Mandado de Segurança

2003.34.00.023129-0/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa

Apelante: JMSQ Construtora Ltda.

Advogados: Dr. Nelson Coelho Rocha Junior e outros

Apelada: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Pedro Câmara Raposo Lopes

Publicação: DJ 2 de 06/05/05

Ementa

Tributário. Mandado de segurança. Refis. Exclusão do Refis. Intimação via internet. Ilegalidade. Ofensa aos arts. 5º, inciso LV, da Constituição Federal e 26 da Lei 9.784/99.

I. Preliminar de decadência do direito à impetração do mandado de segurança que se afasta por confundir-se tal matéria com o próprio mérito da ação.

II. A intimação pessoal dos interessados, no procedimento administrativo,

em obediência aos postulados do contraditório e da ampla defesa, é expressamente assegurada no art. 26 da Lei 9.784/99 e realiza-se por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio idôneo que assegure a certeza da ciência. Ilegal, portanto, por conduta *ultra vires*, o ato do Fisco que determinou, com fundamento em resolução, a intimação da parte, via internet.

III. Nula é a intimação da pessoa jurídica, de sua exclusão do Refis, através de ato publicado no *DOU* a indicar apenas o número do processo administrativo, e divulgação na internet do nome do interessado e dos motivos de exclusão.

IV. Apelação provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

8ª Turma do TRF-1ª Região – 22/02/05.

Desembargador Federal *Leomar Amorim*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — JMSQ Construtora Ltda. impetrou o presente mandado de segurança, com pedido liminar, objetivando ser reincluída no Programa de Recuperação Fiscal – Refis, em conformidade com a Lei 9.964/00.

O processo foi extinto pelas seguintes razões:

Pelo exposto, *declaro* extinto o feito, pela decadência da impetração, com fulcro no art. 18 da Lei 1.533/51.

Custas pagas. Sem honorários na forma da Súmula 105/STJ.

Apela a impetrante, argüindo, em síntese, que “não corre o prazo preclusivo para impetrar mandado de segurança, na hipótese de omissão continuada (STF, RTF 74/835)”. Requer, ao final, a reforma da sentença a fim de que seja acolhido o pedido formulado na inicial.

Contra-razões a fls. 136/149.

Parecer do MPF, a fls. 155/159, pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — A impetrante foi excluída do Refis por força da Portaria 69, do Comitê Gestor do Programa de Recuperação Fiscal, datada de 03/12/01 e publicada no *DOU* de 17/12/01.

In casu, porém, não há que falar em decadência para a impetração do *mandamus*, uma vez que a parte sequer chegou a ser notificada de sua exclusão do Refis pelos meios corretos. Neste sentido: AMS 2002.34.00.013767-1/DF, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, 4ª Turma, *DJ* de 02/04/03, p. 81; AMS 2002.34.00.034486-7/DF, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, 8ª Turma, *DJ* de 20/02/04, p. 136. Não fora isso, tal matéria se confunde com o próprio mérito da ação.

No mérito, o art. 5º da Lei 9.964/00 estabeleceu diversos eventos que autorizam a exclusão do Refis, entre os quais está a hipótese de inadimplência da pessoa jurídica por três meses consecutivos ou seis meses alternados, relativamente a qualquer dos tributos e contribuições abrangidos pelo programa.

O procedimento de exclusão, de acordo com a Resolução CG/Refis 9, alterada pela Resolução CG/Refis 20, dar-se-á em processo administrativo (parágrafo único, art. 3º) e que o ato será publicado no *DOU* a indicar apenas o número do processo administrativo. A identificação da pessoa jurídica e o motivo da exclusão serão disponibilizados na página da internet da SRF, PGFN ou do INSS (art. 5º, § 1º).

Publicado o ato administrativo de exclusão conforme tal procedimento, a empresa terá o prazo de 15 dias para manifestar-se quanto aos motivos que determinaram o seu afastamento do programa, a ser apreciado, em instância única, pela autoridade responsável pela exclusão, sem efeito suspensivo.

Cumpre, pois, examinar a legalidade da divulgação do ato de exclusão do Refis. A publicidade, requisito de eficácia e moralidade dos atos administrativos, é princípio de dignidade constitucional que orienta toda a atividade da Administração (art. 37, CF/88). Daí por que, como regra, para produzirem efeitos, os atos da Administração deverão ser publicados na imprensa oficial, isto é, no *Diário Oficial*.

Entretanto, estabeleceu a Constituição no art. 5º, inciso LV, que aos litigantes, em processo administrativo, será assegurado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes.

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Fernando Mathias e Maria do Carmo Cardoso.

Ada Pellegrini Grinover, sobre o tema, sustenta que a Constituição não limita mais o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos punitivos em que existam acusados, mas a todos os procedimentos, punitivos ou não, ainda que não haja acusados, pois exige-se agora, pela norma constitucional, apenas a presença de litigantes. E litigante existe sempre que num procedimento surja um conflito de interesses. E conclui a professora: “Basta que os partícipes do processo administrativo se anteponham face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale a controvérsia, a contenda e não a lide. Pode haver litigantes – e os há – sem acusação alguma, em qualquer lide (*Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo*. RDA 183/13).

Ora, dando concretude a tais cânones que orientam o processo administrativo, o art. 26 e seus §§ 3º e 4º da Lei 9.784/99 determinou obrigatoriedade de intimação pessoal do interessado a efetivar-se por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza de ciência do interessado.

No caso, tal comando normativo não restou observado. A intimação, de forma atípica e ilegal, fez-se em dois momentos distintos. Primeiro, com a publicação do número do processo no *Diário Oficial da União*. E depois com divulgação dos motivos da exclusão e a identificação do nome da empresa na internet nos *sites* dos órgãos fazendários, o que contraria os enunciados da Lei 9.784 e os postulados constitucionais destacados.

Neste sentido, julgou a Quarta Turma deste Tribunal, *verbis*:

Tributário. Refis. Exclusão sumária do programa. Lei em tese. Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Preliminares rejeitadas. Comunicação deficiente. Contraditório e ampla defesa. Ofensa. Lei 9.964/00. Escopo pretendido. Interesse público.

1. Não havendo, por parte da impetrante, ciência do ato coator, não há falar em transcurso do prazo legal de impetração da segurança.

2. Não se trata de mandado de segurança contra lei em tese, mas contra efeitos concretos e imediatos de ato administrativo praticado pela autoridade eleita coatora.

3. Possuindo a autarquia federal autonomia administrativo-financeira, a autoridade indigitada coatora é competente para praticar o ato e tem poderes para desfazê-lo. Preliminares rejeitadas.

4. Afronta os princípios do contraditório e da ampla defesa a exclusão, de forma impositiva, do programa recuperatório, sem averiguação do descumprimento efetivo das regras previstas na Lei 9.964/00, que o instituiu, nem tampouco a adequada comunicação à impetrante do fato.

5. Contrariado o espírito de composição amigável da Lei 9.964/00, o próprio interesse público é atingido, na medida em que a empresa excluída fica praticamente impossibilitada de honrar os pagamentos avençados.

6. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (AMS 2002.34.00.020577-7/DF, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, DJ de 27/06/03).

Esclareça-se, por fim, que não se está a exigir a instauração de um procedimento administrativo ordinário, com toda a dilação probatória inerente. Não. E muito menos a chancelar ou a incentivar a inadimplência ou o calote. Não. Mas tão-somente a reconhecer que a exclusão do Refis só pode realizar-se com o prévio conhecimento do interessado, ou seja, com a prévia e regular intimação da pessoa jurídica.

Ilegal, portanto, por conduta *ultra vires*, o ato do Fisco que determinou, com fundamento em resolução, a intimação da parte interessada via internet, em ofensa ao art. 26 da Lei 9.784/99 e ao art. 5º, inciso LV, da Constituição.

Ante ao exposto, dou provimento à apelação para conceder a segurança pleiteada.

É como voto.

Primeira Turma Suplementar*

Apelação Cível

1998.01.00.038956-3/DF

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Marcelo Dolzany da Costa

Apelante: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Apelado: João Jorge Squeff

Advogados: Dra. Vânia Saraiva Angra de Oliveira e outro

Remetente: Juízo Federal da 9ª Vara/DF

Publicação: DJ 2 de 12/05/05

Ementa

Administrativo. Servidor autárquico federal cedido à empresa pública federal. Exercício de função comissionada na entidade cessionária. Direito à incorporação de quintos da gratificação incorporada. Auto-aplicabilidade do art. 62, § 2º, da Lei 8.112/90 (na redação original). Lei 8.911/94.

I. A EBCT deve ser considerada inegavelmente “serviço público”, pois

* N.E.: As Turmas Suplementares, de existência transitória, foram instituídas pela Resolução 5, de 21/03/01.

reúne os requisitos básicos para tanto, a saber: o *material* (realiza atividades de interesse coletivo), o *subjetivo* (é o Estado quem detém o controle total do seu capital) e o *formal* (criada segundo procedimento de direito público, com autorização legislativa e área de atuação também definida em lei). Sua atividade é constitucionalmente tida como monopólio estatal.

II. Ao julgar a ADI-1.400-5/SP, o STF lembrou seu entendimento consagrado “no sentido de que o tempo de serviço de atividades essencialmente privadas não é computável, para fins de gratificação adicional e sexta parte, *salvo quando integrantes da Administração Pública indireta – empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo Poder Público*” (Pleno, Galvão, 18/04/96, DJ de 31/05/96, p. 18.800). À luz desse precedente, o TCU reorientou sua interpretação para reconhecer o direito ao pagamento de gratificação incorporada relativo a tempo de exercício de função comissionada em empresa pública federal (TC-017.846/1990-0).

III. Quanto aos efeitos financeiros da Lei 8.911/94, o STF já consagrou a auto-aplicabilidade do art. 62, § 2º, da Lei 8.112/90, conclusão que afasta a tese de que o tempo de exercício da função comissionada seria apenas aquele posterior a julho de 1994, quando supostamente regulamentado o direito à incorporação de quintos (RE 251.773 AgRg/DF, Maurício Corrêa, DJ 17/03/00; RE 225.759/SC, Pleno, Moreira Alves, DJ 19/03/99).

IV. Apelação e remessa oficial improvidas.

Acórdão

Decide a Primeira Turma Suplementar, por maioria, negar provimento à apelação e à remessa.

1ª Turma Suplementar do TRF-1ª Região – 12/04/05.

Juiz *Marcelo Dolzany da Costa*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Marcelo Dolzany da Costa: — A União apela contra sentença que a condenou a incorporar na remuneração do servidor João Jorge Squeff a remuneração das parcelas relativas a “quintos” decorrentes de funções de confiança gratificadas exercidas na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT.

A apelante sustenta que a Lei 8.911/94, que regulamentou o art. 62 da Lei 8.112/90, é voltada exclusivamente para os servidores públicos da União, suas au-

tarquias e fundações públicas federais. Por isto, o direito à incorporação advindo da Lei 8.911/94 exige que a função de direção, chefia e assessoramento tenha sido desempenhada em órgãos ou entidades regidas pela Lei 8.112/90. Sendo a EBCT uma empresa pública e pessoa jurídica de direito privado, as funções gratificadas ali exercidas não foram previstas na Lei 8.911/94. Em conclusão, o tempo de serviço em questão não pode ser somado para fins de aquisição da vantagem do art. 62 da Lei 8.112/90.

Contra-razões a folhas 74/76.

O Ministério Público nesta instância opina pelo provimento do recurso. Para ele, se o legislador pretendesse a extensão do benefício aos servidores que exercessem função gratificada em empresa pública teria sido específico como o foi no § 3º do art. 103 da Lei 8.112/90 (fls. 83/84).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Marcelo Dolzany da Costa: — Sem razão a apelante.

A respeito da natureza do serviço prestado pela EBCT, registro o ensinamento da doutrina:

(....)

Não é tarefa fácil definir o serviço público, pois a sua noção sofreu consideráveis transformações no decurso do tempo, quer no que diz respeito aos seus elementos constitutivos, quer no que concerne à sua abrangência. Além disso, alguns autores adotam conceito amplo enquanto outros preferem um conceito restrito. Nas duas hipóteses combinam-se, em geral, três elementos para a definição: o material (atividades de interesse coletivo), o subjetivo (presença do Estado) e o formal (procedimento de direito público).

Hely Lopes Meireles (1996:296) define o serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidade essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado.” O conceito é um pouco mais restrito do que o de Cretella Júnior, porque, ao fazer referência à *Administração* e não ao Estado, exclui as atividades legislativas e jurisdicional. No entanto, ainda é amplo, porque não distingue o poder de polícia do serviço público. Vale dizer, abrange todas as atividades exercidas pela Administração Pública.

Daí nossa definição de serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves e o Exmo. Sr. Juiz João Carlos Costa Mayer Soares.

delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público. (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 11ª ed. : São Paulo : Atlas, 1999, p. 95/98).

Segundo os parâmetros da lição, a EBCT deve ser considerada inegavelmente “serviço público”, pois reúne os requisitos básicos para tanto, a saber: o *material* (realiza atividades de interesse coletivo), o *subjetivo* (é o Estado quem detém o controle total do seu capital) e o *formal* (criada segundo procedimento de direito público, com autorização legislativa e área de atuação também definida em lei). É bom lembrar que sua área de atuação é o monopólio estatal.

A Lei 8.911/94, em seu art. 10, (revogado pela Lei 9.527, de 10/12/97) preceituava:

Art. 10 É devida aos servidores efetivos da União, das autarquias e das fundações públicas, regidos pela Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cedidos, por afastamento, para exercício em órgão ou entidade do mesmo Poder ou de outro Poder da União, a incorporação de quintos decorrentes do exercício de cargo em comissão e de função de direção, chefia e assessoramento.

A apelante argumenta que o art. 10 da Lei 8.911/94 não menciona as empresas públicas. Ocorre que o dispositivo menciona claramente que o pagamento de função incorporada é devida aos servidores “*cedidos, por afastamento, para exercício em órgão ou entidade do mesmo Poder ou de outro Poder da União*”. O artigo regulamentou o art. 62 da Lei 8.112/90, que diz:

Art. 62 Ao servidor ocupante de cargo efetivo investido em função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de natureza especial é devida retribuição pelo seu exercício.

A expressão “entidade” certamente abarca o conceito de empresa pública. Malgrado o argumento do MPF – para quem o § 3º do art. 103 da Lei 8.112/90 guarda clara distinção entre entidade pública e empresa pública (“É vedada a contagem cumulativa de tempo de serviço prestado concomitantemente em mais de um cargo ou função de órgão ou entidades dos Poderes da União, (...), autarquia, fundação pública, sociedade de economia mista e empresa pública”) –, o art. 5º do Decreto-Lei 200/67 já conceituava empresa pública com o uso literal da expressão “entidade”:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

(...) II – Empresa Pública – a *entidade* dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em Direito.

Ao julgar a ADI-1.400-5/SP, o STF lembrou seu entendimento consagrado

“no sentido de que o tempo de serviço de atividades essencialmente privadas não é computável, para fins de gratificação adicional e sexta parte, *salvo quando integrantes da Administração Pública indireta – empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo Poder Público*” (Pleno, Galvão, 18/4/96, *DJ* de 31/05/96, p. 18.800).

Esse pronunciamento foi o ponto de partida para o acórdão em reexame de julgado que o Tribunal de Contas da União analisou no TC-017.846/1990-0, cujo inteiro teor está a fls. 91/121 destes autos. Ali se acolheu o pedido de servidor do próprio TCU que pretendia averbar, para todos os fins e especialmente pagamento de gratificação incorporada, o tempo de exercício de função comissionada prestado à EBCT.

O autor comprovadamente exerceu função comissionada na EBCT a partir de 28 de fevereiro de 1992, situação que perdurava até o dia do ajuizamento de seu pedido (jan/95). O tempo é, portanto, posterior à edição da Lei 8.112/90, cujo regime jurídico incluiu o autor.

Quanto aos efeitos financeiros da Lei 8.911/94, o STF já consagrou a auto-aplicabilidade do art. 62, § 2º, da Lei 8.112/90, conclusão que afasta a tese de que o tempo de exercício da função comissionada seria apenas aquele posterior a julho de 1994, quando supostamente regulamentado o direito à incorporação de quintos (RE 251.773 AgRg/DF, Maurício Corrêa, *DJ* 17/03/00; RE 225.759/SC, Pleno, Moreira Alves, *DJ* 19/03/99). O entendimento repercutiu em julgados do STJ (ROMS 15.853/DF, Fischer, *DJ* 02/06/03; ROMS 13.638/DF, Fernando Gonçalves, *DJ* 04/02/02; REsp 206.921/PB, Vicente Leal, *DJ* 14/06/99; REsp 182.589/PB, Vicente Leal, *DJ* 16/11/98).

Com estes fundamentos, nego provimento à apelação e à remessa oficial, mantidas as verbas de sucumbência.

É como voto.

Voto Vogal Vencido (em parte)

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Aqui, na 1ª Seção, há uma divergência no item 3. Nós temos considerado direito à incorporação a partir da publicação da Lei 8.911/94. Logo, vou pedir vênias ao Relator para divergir, nessa parte, para reconhecer o direito à incorporação a partir da publicação da Lei 8.911/94.

O art. 62 tratou dos servidores públicos. Estas gratificações aí está trazendo de outro órgão. E foi com base na Lei 8.911/94 é que deu legitimidade a essa in-

corporação. Quem era servidor público, não há dúvida, ele já vinha incorporado. Mas os que eram celetistas e os que exerceram em outras atividades somente passaram a ter direito a essa incorporação a partir da publicação da Lei 8.911/94.

O Exmo. Sr. Juiz Marcelo Dolzany da Costa: — Sim, no caso do apelante, ele é servidor público, desde a lei, e está querendo incorporar gratificação que ele adquiriu após...

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Mas adquiriu no exercício de função comissionada em empresa pública. Parece-me que é essa hipótese.

Vou pedir vênua ao Relator, para divergir em parte para conceder o direito à incorporação da gratificação a partir da data da publicação da Lei 8.911/94.

Com essas considerações, do parcial provimento à apelação e à remessa oficial.

Segunda Turma Suplementar

Apelação Cível

2000.01.00.056160-7/MG

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz

Apelante: Maria Dolores de Almeida

Advogados: Dr. Vicente de Paula Mendes e outros

Apelante: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Apelados: Os mesmos

Remetente: Juízo Federal da 20ª Vara/MG

Publicação: DJ 2 de 19/05/05

Ementa

Administrativo. Servidor público. Juiz classista. Licença médica não formalizada. Incapacidade. Óbito. Pensão com vencimentos proporcionais. Sucumbência recíproca.

I. A circunstância do servidor se encontrar afastado do trabalho e hospitalizado em razão de moléstia (hipertensão arterial crônica / aneurisma da artéria cerebral/ AVC hemorrágico), que culminou com o evento morte, comprova que se encontrava em gozo de licença para tratamento de saúde, conquanto não formalizada perante a Administração, o que satisfaz a condição vazada no art. 188, § 1º, da Lei 8.112/90, que estabelece apenas o período máximo da licença, como

sendo de 24 (vinte e quatro) meses, não havendo exigência de período mínimo de afastamento.

II. O fato do óbito ter ocorrido no dia agendado para posse em novo mandato de juiz classista, que coincidiu com o dia subsequente ao término do mandato anterior, não obsta a pretensão, porque a invalidez já existia anteriormente.

III. Tendo sido requerido o restabelecimento da pensão “em sua plenitude” e tendo a sentença reconhecido que a pensão era proporcional por tempo de serviço, tem-se como correta a hipótese da sucumbência recíproca (CPC, art. 21, *caput*).

IV. Apelações e remessa oficial não providas.

Acórdão

Decide a Segunda Turma Suplementar, por unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa oficial.

2ª Turma Suplementar do TRF-1ª Região – 06/04/05.

Juiz *Carlos Alberto Simões de Tomaz*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz: — Sob julgamento apelação de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido ajuizado por Maria Dolores de Almeida, em ação ordinária em que contende com a União, objetivando restabelecer a concessão de benefício que vinha recebendo a título de pensão de seu cônjuge, ex-juiz classista, com o pagamento dos valores correspondentes à soma das pensões desde janeiro de 1995.

A ilustre Juíza Federal da 20ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, inicialmente, concluiu que a autora não fazia jus à pensão estatutária por morte pelo fato de que o segurado não estava mais investido no cargo público de juiz classista na data do falecimento. Considerou, contudo, que a autora faria jus ao recebimento proporcional da pensão decorrente da aposentadoria por invalidez a que teria direito o juiz classista temporário, por ter sido acometido de moléstias com efeitos incapacitantes e ser equiparado a funcionário público civil da União enquanto no exercício do cargo. Neste sentido, fixou a data do óbito como termo inicial para concessão da aposentadoria por invalidez devidamente atualizada, devendo a União proceder à compensação do que já foi pago, com base no Ato 7/94-P. Por fim, sujeitou a sentença ao duplo grau de jurisdição isentando a condenação em verba honorária tendo em vista a sucumbência recíproca.

No apelo, a autora pugnou pela condenação da União em verba honorária,

pelo fato do pedido ter sido julgado procedente em seu inteiro teor, inexistindo sucumbência recíproca na espécie.

Em razões recursais a União sustentou que para a concessão de aposentadoria por invalidez era necessário o prévio gozo de licença médica por período não superior a 24 (vinte e quatro) meses a teor da legislação de regência. Sustentou, ainda, inexistir prova de que o ex-juiz classista estivesse em exercício quando da data do óbito porque não se encontrava licenciado para fins de tratamento de saúde.

E aqui está o processo com as contra-razões da apelada.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz:— 1. Mérito. Trata-se de pedido de restabelecimento de pensão pleiteada por viúva de juiz classista que faleceu em razão de doença incapacitante e que, contudo, teve a concessão do benefício cancelado pelo fato de ter-se impossibilitado a renovação de seu mandato em função da data do óbito.

No apelo a União alega fazer-se necessário o gozo de prévia licença médica por período não excedente a 24 (vinte e quatro) meses, a teor do art. 188 da Lei 8.112/90, que assim dispõe:

Art. 188 A aposentadoria voluntária ou por invalidez vigorará a partir da data da publicação do respectivo ato.

1º A aposentadoria por invalidez será precedida de licença para tratamento de saúde, por período não excedente a 24 (vinte e quatro) meses.

2º Expirado o período de licença e não estando em condições de reassumir o cargo ou de ser readaptado, o servidor será aposentado.

3º O lapso de tempo compreendido entre o término da licença e a publicação do ato da aposentadoria será considerado como de prorrogação da licença.

Efetivamente, há de se concluir estar havendo uma errônea interpretação do art. 188 do mesmo diploma, uma vez que pretende dizer tão-somente que à inativação precede a licença médica que não pode exceder de dois anos, só isto. Não há qualquer imposição legal de que a licença prévia tenha que ser gozada, mas apenas de que não ultrapasse o período de dois anos.

Significa dizer, desde aí, que a aposentadoria por invalidez de servidores públicos pressupõe apenas e tão-somente a incapacitação permanente para o traba-

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes e o Exmo. Sr. Juiz Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes.

lho e será com proventos proporcionais ao tempo de serviço, salvo nas hipóteses taxativas previstas na própria Constituição e ante a ocorrência de doença especificada em lei como grave, contagiosa ou incurável.

No caso dos autos, este efeito incapacitante revelou-se de forma absoluta com a morte do segurado, no dia em que deveria tomar posse no segundo mandato do cargo de juiz classista, em razão de hemorragia espontânea por ruptura de aneurisma cerebral ainda no mandato anterior.

Logo, torna-se irrelevante, nesses casos, o prévio gozo de licença médica, pelo segurado. Esse inclusive é o entendimento jurisprudencial que vem se pacificando:

Administrativo. Servidor público federal. Aposentadoria por invalidez. Desnecessidade de licença médica prévia de 24 meses. Interpretação equivocada do art.188 da Lei 8.112/90. Invalidez comprovada por perícia médica realizada pela própria administração. Remessa oficial improvida. (TRF 5ª; Desembargador Federal Lázaro Guimarães; Segunda Turma; 200182000002709/PB; DJ 09/04/03)

Nesses autos, todavia, está comprovado que o *de cujus* encontrava-se afastado do serviço desde 16/05/94 e estava, nesse período, internado em unidade hospitalar (fls. 44/45). O que se verifica é que apenas não foi formalizada a licença médica, já determinada por período de aproximadamente 30 (trinta) dias (fls. 35), período este de invalidez, em unidade hospitalar, que se seguiu ao óbito.

De tudo, uma conclusão. O processo de invalidez foi instaurado em pleno mandato classista, culminando com a morte no dia da posse do novo mandato.

2. Verba honorária

Correta a sentença quando divisou a hipótese de sucumbência recíproca. Efetivamente, o restabelecimento da pensão não ocorreu em plenitude, como pretende o pedido, mas em valor proporcional, como seria concedida a aposentadoria, nos termos do art. 186, I, da Lei 8.112/90 (CPC: art. 21).

3. Nessa conformidade, voto pelo não-provimento das apelações e da remessa oficial.

Terceira Turma Suplementar

Apelação em Mandado de Segurança 1997.01.00.060959-0/DF

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Wilson Alves de Souza

Apelante: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Apelado: Ws – Empreendimentos Agropecuários Ltda.
Advogada: Dra. Andréia Moraes de Oliveira Mourão
Remetente: Juízo Federal da 17ª Vara/DF
Publicação: DJ 2 de 12/05/05

Ementa

Administrativo e Tributário. Mandado de segurança impetrado contra presidente da junta comercial. Registro de alteração contratual. Indeferimento. Existência de débito fiscal. Exigência de prova de quitação fiscal. Ilegalidade.

I. O rol de impedimentos ao arquivamento dos documentos relativos ao registro público de empresas mercantis está previsto nos arts. 35 e 37 da Lei 8.934/94 e no Decreto 1.800/96 (Regulamento) de forma taxativa.

II. A exigência contida na Instrução Normativa 112/94 da Secretaria da Receita Federal, consubstanciada na apresentação de prova de quitação fiscal, se afigura como ilegal, uma vez que veiculou matéria cuja competência estava adstrita à lei e ao respectivo regulamento.

III. A delegação contida no art. 1º, VI, do Decreto-Lei 1.715/79 esbarra na imposição de lei em sentido formal e material para a criação de obrigação acessória (art. 113, *caput*, e § 2º, ambos do Código Tributário Nacional). Usurpa competência legislativa a delegação ao Poder Executivo de criação de obrigação acessória ao seu talante, sem que haja expressa autorização legal específica.

IV. Ainda que a alteração seja apenas para mudança de endereço ou mudança de titularidade das cotas, está-se dentro da órbita do livre exercício de atividade econômica, assegurado pela Carta Política, e ao Poder Público cabe executar os seus créditos, buscando a garantia da dívida, e não fazer pressões indiretas como forma de coerção para cobrança de tributo, consoante entendimento consagrado nas Súmulas 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal (Precedentes dos TRF's das 1ª, 4ª e 5ª Regiões).

V. Apelação da União e remessa oficial desprovidas.

Acórdão

Decide a 3ª Turma Suplementar do TRF da 1ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação da União e à remessa oficial, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

3ª Turma Suplementar do TRF-1ª Região –14/04/05.

Juiz *Wilson Alves de Souza*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Wilson Alves de Souza: — Adoto o relatório da sentença nos seguintes termos:

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por WS – Empreendimentos Agropecuários Ltda. contra ato do Sr. presidente da Junta Comercial do Distrito Federal, objetivando o arquivamento da primeira alteração contratual da impetrante na Junta Comercial do Distrito Federal.

Para tanto aduz em síntese que requereu o arquivamento de sua primeira alteração contratual perante a Junta Comercial do Distrito Federal e, apesar de haver preenchido todos os requisitos legais, não foi efetivado o registro por existirem pendências (débitos) junto à Receita Federal.

A liminar foi deferida (fls. 23).

Devidamente notificada, a autoridade impetrada prestou suas informações arguindo em preliminar sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo do feito. No mérito, alega que a alteração contratual não foi arquivada devido ao descumprimento de dois requisitos, quais sejam, a ausência de certidão negativa de condenação por crime de um dos sócios, e os débitos pendentes junto à Receita Federal.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da segurança.

Acrescento que o juízo *a quo* concedeu em parte a segurança afastando as exigências de natureza fiscal que impediam o arquivamento da primeira alteração contratual perante a Junta Comercial do Distrito Federal sob o fundamento de que: a) assiste razão à impetrante ao afirmar que seu pedido não foi deferido devido à existência de débitos com a Receita Federal, e que esta exigência é ilegal, tendo em vista que as hipóteses em que não deve ser feito o arquivamento estão elencadas no art. 35 da Lei 8.934/94, não incluindo o caso em tela; b) a autoridade impetrada alega que o indeferimento, dentre outras questões, ocorreu porque a empresa deixou de apresentar certidão negativa de condenação por crime de um de seus sócios e que a ausência do citado documento caracteriza real impedimento ao arquivamento de alteração contratual (fls. 65/69).

Houve remessa.

Em razões de apelação a União alega que: a) a obrigatoriedade do ato administrativo de arquivamento é destinada a pessoas jurídicas subordinadas à legislação especial do registro público das empresas mercantis e não ao órgão da Administração Pública ao qual é atribuída a efetivação dessa prática; b) há previsão legal para que o Poder Executivo estabeleça casos em que se exija a demons-

tração de adimplência fiscal; c) a IN/SRF 112/94 em seu art. 1º estipula como documento/requisito necessário à instrução do pedido de arquivamento a prova de quitação tributária; d) para que o direito alegado fosse líquido e certo, deveria originar-se de um direito adquirido, e/ou de um ato jurídico perfeito, e/ou da coisa julgada, diante do que o caso em tela não se enquadra (fls. 73/76).

Em contra-razões WS – Empreendimentos Agropecuários Ltda. alega que: a) faz-se necessário que a apelante traga aos autos esclarecimentos pertinentes à questão suscitada, qual seja, a da exigibilidade de inexistência de débitos junto ao Fisco para que se possa arquivar a relação contratual; b) a primeira alteração contratual da apelada não está relacionada dentre as proibições de arquivamento relacionadas no art. 35 da lei citada acima, tendo oferecido, a tempo e modo, toda a documentação necessária ao seu arquivamento; c) o registro do comércio é independente, e o registro dos atos do comércio seguiu rigorosamente as determinações legais, impondo-se o seu arquivamento imediato; d) sem o arquivamento da primeira alteração contratual a apelada estaria impedida de prosseguir nos seus objetivos, o que lhe acarretaria grandes prejuízos (fls. 81/85).

O Ministério Público Federal se manifestou pelo não-provimento da apelação (fls. 88/90).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Wilson Alves de Souza: — Discute-se neste mandado de segurança a exigência de apresentação de prova de regularidade fiscal como forma de viabilizar o registro de alteração contratual perante a Junta de Comercial do Distrito Federal, de responsabilidade do cadastro geral dos contribuintes, que detectou a existência de débitos fiscais em nome de Saranã – Agropecuária São Bento do Paraná Ltda.

A Lei 8.934/94, que cuida do registro público de empresas mercantis, em seu art. 35, enumera de forma taxativa as hipóteses em que não podem ser deferidos os arquivos das empresas nas juntas comerciais, não se apontando como hipótese a existência de débitos fiscais.

A União justifica que a exigência tem como suporte as disposições da Instrução Normativa 112/94 da Secretaria da Receita Federal que, por sua vez, está amparada no Decreto 1.800/96 e Decreto-Lei 1.715/79.

O rol de impedimentos ao arquivamento dos documentos relativos ao registro público de empresas mercantis, estão previstos no art. 35 da Lei 8.934/94,

*N.E.: Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz e o Exmo. Sr. Juiz Vallisney de Souza Oliveira.

que, no particular, estabelece:

Art. 35 Não podem ser arquivados:

I – *os documentos que não obedecem às prescrições legais ou regulamentares* ou que contiverem matéria contrária aos bons costumes ou à ordem pública, bem como os que colidirem com o respectivo estatuto ou contrato não modificado anteriormente;

(...)

Complementando a norma em cotejo, estabelece o art. 37, parágrafo único, da Lei 8.934/94:

Art. 37 Instruirão obrigatoriamente os pedidos de arquivamento:

I – o instrumento original de constituição, modificação ou extinção de empresas mercantis, assinado pelo titular, pelos administradores, sócios ou seus procuradores;

II – a certidão criminal do registro de feitos ajuizados, comprobatória de que inexistente impedimento legal à participação de pessoa física em empresa mercantil, como titular ou administradora, por não estar incurso nas penas dos crimes previstos no art. 11, inciso II, desta lei;

II – declaração do titular ou administrador, firmada sob as penas da lei, de não estar impedido de exercer o comércio ou a administração de sociedade mercantil, em virtude de condenação criminal; (Redação dada pela Lei 10.194, de 14/02/01)

III – a ficha cadastral segundo modelo aprovado pelo DNRC;

IV – os comprovantes de pagamento dos preços dos serviços correspondentes;

V – a prova de identidade dos titulares e dos administradores da empresa mercantil.

Parágrafo único. Além dos referidos neste artigo, nenhum outro documento será exigido das firmas individuais e sociedades referidas nas alíneas a, b e d do inciso II do art. 32.

Da análise do texto legal, verifica-se que nenhum outro documento pode ser exigido para o arquivamento dos registros societários na junta comercial além daqueles previsto nos arts. 35 e 37 da Lei 8.934/94, salvo aqueles expressamente previstos em lei ou regulamento.

Por sua vez, o Decreto 1.800/96 (Regulamento), ratificou a disposição legal:

Art. 34 Instruirão obrigatoriamente os pedidos de arquivamento:

(...)

Parágrafo único. Nenhum outro documento, além dos referidos neste regulamento, será exigido das firmas mercantis individuais e sociedades mer-

cantis, salvo expressa determinação legal, reputando-se como verdadeiras, até prova em contrário, as declarações feitas perante os órgãos do registro público de empresas mercantis e atividades afins.

Sendo assim, a exigência contida na Instrução Normativa 112/94 da Secretaria da Receita Federal, consubstanciada na apresentação de prova de quitação fiscal, se afigura como ilegal, uma vez que veiculou matéria cuja competência estava adstrita à lei e ao respectivo regulamento.

Invoca, contudo, a apelante a autorização legal contida no art. 1º, inciso VI, do Decreto-Lei 1.715/79, cujo teor é o seguinte, *in verbis*:

Art. 1º A prova de quitação de tributos, multas e outros encargos fiscais, cuja administração seja da competência do Ministério da Fazenda, será exigida nas seguintes hipóteses:

(....)

VI – outros casos que venham a ser estabelecidos pelo Poder Executivo.

A norma em evidência, no entanto, esbarra na imposição de lei em sentido formal e material para a criação de obrigação acessória (art. 113, *caput* e § 2º, ambos do Código Tributário Nacional). Logo, não pode o Decreto-Lei 1.715/79, usurpando competência legislativa, delegar ao Poder Executivo a criação de obrigação acessória ao seu talante, sem que haja expressa autorização legal específica e direta. Vale dizer, a hipótese não comporta delegação.

Por outro lado, no caso, está-se criando um obstáculo a registro de uma alteração contratual. Se existe débito, este deve ser cobrado na forma estabelecida pela Lei 6.830/80. Portanto, esse é o fundamento pelo qual não pode o poder da administração tributária ser utilizado para inviabilizar a atuação da empresa que quer registrar legitimamente atos de comércio.

Ainda que a alteração seja apenas para mudança de endereço ou mudança de titularidade das cotas, está-se dentro da órbita do livre exercício de atividade econômica assegurado pela Carta Política, e ao Poder Público cabe executar os seus créditos, buscando a garantia da dívida, e não fazer pressões indiretas como forma de coerção para cobrança de tributo.

Assim, a exigência de prova de quitação fiscal, *in casu*, revela-se contrária ao entendimento consagrado nas Súmulas 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal, que afastam a cobrança de tributo por via oblíqua.

Nesse sentido, perfilha a jurisprudência:

Mandado de segurança. Comercial. Sociedade mercantil. Débito perante a Fazenda Nacional. Arquivamento de alteração contratual na junta comercial. Possibilidade. Lei 8.934/94.

1. A Lei 8.934/94 enumera de forma taxativa os documentos necessários ao arquivamento de alteração contratual de firmas mercantis individuais, sociedades mercantis e cooperativas.

2. Constitui-se ato ilegal a recusa da junta comercial ao pedido de arquivamento de alteração contratual de sociedade mercantil, sob o fundamento de ser esta devedora da Fazenda Nacional.

3. Remessa oficial não provida. (REO 1998.01.00.071253-0/DF. TRF-1ª Região. Relator Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz. Órgão julgador: Terceira Turma Suplementar. Publicação: 05/12/02, *DJ*, p.138. Data da decisão: 07/11/02)

Administrativo. Registro do comércio. Junta comercial. Arquivamento. Certidões negativas.

– Inexistindo previsão legal para que pedidos de arquivamento de alteração contratual apresentados à junta comercial sejam instruídos com certidão negativa de débitos tributários, não pode aquele órgão condicionar o registro solicitado pela impetrante à apresentação dessa espécie de documento baseando-se, para isso, em atos normativos infralegais (Remessa *ex officio*. TRF-4ª Região. Processo: 2003.70.00.033152-4. UF: PR. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data da decisão: 02/06/04. Fonte: *DJU*, data: 04/08/04, p. 332. *DJU*, data: 04/08/04. Relator: Juiz Valdemar Capeletti)

Administrativo. Junta comercial. Arquivamento de alteração contratual. Certidão negativa de débitos para com a fazenda estadual.

– O regulamento da Lei 8.934/94, que dispõe sobre o registro público das empresas mercantis, baixado através do Decreto 1.800/96, em seu art. 34 e parágrafo único, ressalva a exigência, quando dos pedidos de arquivamento, de outros documentos que os nele referidos, desde que mediante expressa determinação legal.

– A exigência de certidão negativa de débito, na espécie, acha-se fundada no Decreto estadual do Paraná 4.121/94 que, por óbvio, não é lei. (REO – Remessa *ex officio*. TRF-4ª Região. Processo: 2003.70.00.048652-0. UF: PR. Órgão julgador: Quarta Turma. Data da decisão: 05/05/04. Documento: TRF400096122. Fonte: *DJU*, data: 16/06/04, p. 1.026; *DJU*, data:16/06/04. Relator Juiz Valdemar Capeletti)

Arquivamento de alteração contratual na Junta Comercial do Paraná. Decreto-Lei estadual 4.121/94. Restrições. Impossibilidade. Princípio constitucional da simetria. Lei 8.934/94.

– Não pode o Fisco estabelecer meios coercitivos indiretos de cobrança de tributo, como na espécie, impedindo o arquivamento de alteração contratual – com base em decreto-lei estadual que extrapola a letra da lei federal – caso tenha o contribuinte débito para com a Fazenda Pública. Frente à Constituição de 1988, art. 24, III e § 1º, ao Estado é assegurado o direito de legislar concorrentemente sobre junta comercial. É defeso, entretanto, a esse,

editar norma especial estabelecendo sanções ou restrições a direitos, quando, a norma geral não os estabelece.

– O Decreto-Lei 4.121/94, ao negar arquivamento de alteração contratual na junta comercial na hipótese de haver débito com a Fazenda Pública, extrapola a letra da lei, ferindo o princípio constitucional da simetria.

– Improvimento da remessa oficial. (REO – Remessa *Ex Officio* – 15355. TRF-4ª Região. Processo: 2003.70.00.036169-3. UF: PR. Órgão julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 18/05/04. Documento: TRF400095663. Fonte: *DJU*, data: 26/05/04, p. 715. Relator Juiz Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz)

Constitucional. Administrativo. Junta comercial. Negativa de alteração contratual. Retirada de sócio. Cessão de cotas. Decreto estadual 19.539/97. Exigência de regularidade fiscal. Ilegítima.

É direito da pessoa física do sócio se retirar da sociedade, conforme disposto no art. 5º, inciso XX, da Constituição Federal.

O parágrafo único do art. 37 da Lei 8.934/94 veda a exigência de outros documentos para o arquivamento de alteração contratual, além daqueles discriminados na referida lei.

Apesar da competência concorrente para legislar sobre juntas comerciais, não pode uma lei estadual ir de encontro a uma lei federal, principalmente por meio de decreto.

Incompatibilidade com o ordenamento jurídico da exigência de certidão negativa de débito inscrito em dívida ativa junto à Secretaria da Fazenda para arquivamento de alteração contratual devido à retirada de sócio mediante cessão de cotas.

Preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* rejeitada.

Apelação provida. (TRF-5ª Região. AMS – Apelação em Mandado de Segurança – 80123. Processo: 2001.83.00.007967-8. UF: PE. Órgão julgador: Quarta Turma. Data da decisão: 04/05/04. Documento: TRF500082384. Fonte: *DJ* – data: 08/06/04 – p. 679 – 109. Relator Des. Federal Marcelo Navarro)

Processual Civil. Mandado de segurança. Cisão parcial. Junta comercial de Pernambuco. Regularidade fiscal. Sanção política. Contribuinte em débito.

1. Não se admite a utilização de meios ilegítimos para pressionar contribuinte em débito, quando o ordenamento jurídico prevê instrumentos de cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública.

2. O condicionamento do arquivamento dos atos de cisão parcial de empresa na junta comercial à regularidade fiscal da mesma é forma de coercitividade indireta e, portanto, ilícita.

3. Apelação provida. (TRF-5ª Região. AMS – Apelação em Mandado de Segurança – 82292. Processo: 2002.83.00.000215-7. UF: PE. Órgão julga-

dor: Primeira Turma. Data da decisão: 02/03/04. Documento: TRF500080440.
Fonte: *DJ* – data 26/04/04 – p. 574 – 78. Relator Des. Federal Paulo Machado
Cordeiro)

Isto posto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

Breviário

Confira outros assuntos de relevante interesse julgados pelo TRF-1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na *internet*.

Ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes de doença profissional. Competência da Justiça Estadual. Precedente do STF.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 438.639/MG (cf. Informativo 379/STF, relator para acórdão o Ministro Cezar Peluso), firmou o entendimento de que, nas ações de indenização propostas por empregado ou ex-empregado contra empregador, quando fundadas em acidente de trabalho, a competência para julgamento é da Justiça comum Estadual.

Ag 2004.01.00.009027-1/MG

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 09/05/05

Conselho Regional de Farmácia. Ervanaria. Desnecessidade de registro.

As ervanarias não estão sujeitas à contratação de responsável técnico inscrito no Conselho Regional de Farmácia, por falta de prévia disposição legal, já que o art. 15 da Lei 5.991/73 e o art. 27 do Decreto 74.170/74 somente obrigam o registro profissional na citada autarquia de farmácias e drogarias.

AMS 2004.41.00.000791-1/RO

Rel.: Des. Federal Antônio Ezequiel – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 06/05/05

Contestação. Intempestividade. Contagem de prazo de acordo com a informação equivocada colhida em sistema informatizado de consulta processual.

Impossível transferir ao Judiciário a responsabilidade pela apresentação intempestiva de peça contestatória, cuja contagem do prazo processual, lastreada em

informação equivocada de sistema eletrônico, foi realizada, pela agravante, à margem da legislação processual, por sua conta e risco.

Ag 2004.01.00.054504-5/MG

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 23/05/05

Desapropriação. Indenização paga a maior. Execução da restituição nos autos da desapropriação.

Tendo a indenização, na desapropriação, sido fixada em montante inferior à oferta, não cabe a execução, dentro dos autos da desapropriação, da restituição dos valores levantados a maior, se a sentença nada determinou a respeito. Falta título a ser executado.

Ag 2000.01.00.083150-9/PA

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes – 3ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 13/05/06

Ensino superior. Transferência de dependente de militar removido *ex officio*. Instituição de origem. Congeneridade.

A instituição de ensino de origem a ser considerada no ato de transferência obrigatória é aquela na qual o estudante mantém matrícula válida, e não o estabelecimento no qual ingressara mediante vestibular, mas do qual já fora definitivamente desligado por força de transferência anteriormente consumada.

AMS 2003.34.00.042601-1/DF

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 16/05/05

Falso testemunho. Art. 342/CP. Co-autoria. Art. 29/CP. Advogado. Possibilidade. Justa causa.

É possível a participação, via induzimento ou instigação, nos chamados crimes de mão própria. Precedentes do STJ e STF.

O advogado que induz a testemunha a depor em determinado sentido, fazendo afirmação falsa, responde por participação ou co-autoria (CP, art. 29) no delito do art. 342 do Código Penal (falso testemunho), mesmo tratando-se de crime de mão própria, pois concorreu para sua efetivação.

RcCr 2002.40.00.006119-0/PI

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto – 3ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 13/05/05

Presunção de certeza e liquidez da CDA. Necessidade de comprovação do direito de defesa administrativa. Índícios de irregularidades no procedimento fiscal. Nulidade da CDA e da execução.

Apesar de não constituir requisito essencial à propositura da ação executiva a comprovação do direito de defesa do executado na esfera administrativa, a inércia do exequente em demonstrar que tal direito foi observado, quando do procedimento fiscal, consiste em prova bastante a afastar a presunção de legitimidade atribuída à CDA.

AC 2001.38.00.044327-5/MG

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 20/05/05

Prisão disciplinar militar. Controle judicial. Possibilidade.

Tem entendido a jurisprudência, interpretando o § 2º do art. 142 da CF (‘Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares’), que o controle judicial da punição disciplinar militar na via do *habeas corpus* restringe-se à sua legalidade (competência, forma, devido processo legal etc.), não se estendendo ao segmento de mérito, radicado na conveniência e na oportunidade da punição.

REOHC 2003.32.00.006858-0/AM

Rel.: Juiz Saulo Casali (convocado) – 3ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 27/05/05

Composição TRF-1ª Região

Plenário

Presidente:

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Corregedora-Geral:
Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*
Desembargador Federal *Tourinho Neto*
Desembargador Federal *Catão Alves*
Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*
Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*
Desembargador Federal *Olindo Menezes*
Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*
Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*
Desembargador Federal *Hilton Queiroz*
Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*
Desembargador Federal *Ítalo Fioravanti Sabo Mendes*
Desembargador Federal *Carlos Olavo*
Desembargador Federal *Amilcar Machado*
Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*
Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*
Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*
Desembargador Federal *João Batista Moreira*
Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*
Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*
Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*
Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*
Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*
Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*
Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*
Desembargadora Federal *Neuza Maria Alves da Silva*

Corte Especial

Presidente:

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Corregedora-Geral:

Desembargadora Federal *Assuete Magalhães*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Gomes Moreira*

Desembargador Federal *Antônio Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene Maria de Almeida*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

1ª Seção

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro* – Presidente

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva

2ª Seção

Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Presidente
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargador Federal Olindo Menezes
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes
Desembargador Federal Carlos Olavo

3ª Seção

Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Presidente
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira
Desembargador Federal Antônio Souza Prudente
Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida
Desembargador Federal Sebastião Fagundes de Deus
Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues

4ª Seção

Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Presidente
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa

1ª Turma

Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves – Presidente
Desembargador Federal Amilcar Machado
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

2ª Turma

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – Presidente
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva

3ª Turma

Desembargador Federal Olindo Menezes – Presidente
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargador Federal Cândido Ribeiro

4ª Turma

Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes – Presidente
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal Carlos Olavo

5ª Turma

Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida – Presidente
Desembargadora Federal João Batista Gomes Moreira
Desembargador Federal Sebastião Fagundes de Deus

6ª Turma

Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues – Presidente
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Desembargadora Federal Antônio Souza Prudente

7ª Turma

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Presidente
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva

8ª Turma

Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – Presidente
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias

Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa

1ª Turma Suplementar

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Presidente

Juiz Marcelo Dolzany da Costa

Juiz João Carlos Mayer Soares

Juiz Mark Yshida Brandão

2ª Turma Suplementar

Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes – Presidente

Juiz Flávio Dino de Castro e Costa

Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz

Juiz Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes

3ª Turma Suplementar

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Presidente

Juiz Wilson Alves de Souza

Juiz Vallisney de Souza Oliveira

Juiz Antônio Cláudio Macedo da Silva

Conselho de Administração

Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima – Presidente

Desembargador Federal Mário César Ribeiro – Vice-Presidente

Desembargadora Federal Assusete Magalhães – Corregedora-Geral

Desembargador Federal Tourinho Neto

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Desembargador Federal Olindo Menezes

Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira

Desembargador Federal Antônio Souza Prudente

Comissão de Jurisprudência

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Presidente

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Efetivo

Desembargador Federal Amilcar Machado – Efetivo
Desembargador Federal João Batista Moreira – Suplente

Comissão de Regimento

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Presidente
Desembargador Federal Carlos Olavo – Efetivo
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – Efetivo
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira – Suplente

Comissão de Acervo Jurídico

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Presidente
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

Comissão de Promoção

Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima – Presidente
Desembargador Federal Amilcar Machado
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Comissão de Concurso

Desembargador Federal Catão Alves – Presidente
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias – Efetivo
Desembargador Federal João Batista Moreira – Efetivo
Desembargador Federal Carlos Olavo – Suplente
Desembargador Federal Souza Prudente – Suplente
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves – Suplente

Revista do Tribunal

Desembargador Federal Olindo Menezes – Diretor

Escola da Magistratura Federal da 1ª Região – Esmaf

Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias – Diretor
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Vice-Diretor

Seccionais

Seção Judiciária do Estado do Acre
Seção Judiciária do Estado do Amapá
Seção Judiciária do Estado do Amazonas
Seção Judiciária do Estado da Bahia
Seção Judiciária do Distrito Federal
Seção Judiciária do Estado de Goiás
Seção Judiciária do Estado do Maranhão
Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso
Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais
Seção Judiciária do Estado do Pará
Seção Judiciária do Estado do Piauí
Seção Judiciária do Estado de Rondônia
Seção Judiciária do Estado de Roraima
Seção Judiciária do Estado de Tocantins

Galeria de Diretores



Desembargador Federal
Adhemar Maciel
Outubro/89 – Dezembro/91



Desembargador Federal
Catão Alves
Novembro/92 – Outubro/93



Desembargador Federal
Leite Soares
Novembro/93 – Junho/94



Desembargador Federal
Tourinho Neto
Julho/94 – Abril/97



Desembargador Federal
Osmar Tognolo
de Maio/97 – Maio/99



Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
Maio/99 – Maio/2001



Desembargador Federal
Jirair Aram Meguerian
Junho/2001 – Maio/2003



Desembargador Federal
Olindo Menezes
A partir de Junho/2003

Repositórios Oficiais

Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais

Editora Síntese: Síntese Trabalhista, Administrativa e Previdenciária, Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Revista de Direito Civil e Processual Civil e Revista de Estudos Tributários

Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo

Editora Juruá: Revista de Jurisprudência Brasileira Civil e Comércio

Editora IOB: Repertório de Jurisprudência IOB

Editora Forense: Revista Forense

Editora LTR: Revista de Previdência Social–RPS

Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas.

Editora Adcoas: Revista de Jurisprudência Adcoas, Revista Adcoas Trabalhista, Revista Adcoas Previdenciária

Editora Dialética: Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual

Editora Nota Dez: Revista Jurídica e Revista Interesse Público

Editora Saraiva: Jurisprudência Informatizada Saraiva

Editora Nacional de Direito Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência

Normas

Normas para envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

A *Revista do TRF-1ª Região*, veículo de divulgação das decisões da Corte, expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas, propõe-se, além desse objetivo institucional, também a divulgar a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, pela publicação de artigos especializados nas seções intituladas “Artigos Doutrinários” e “Tópicos Jurídicos”, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Normas editoriais para encaminhamento de artigos e tópicos jurídicos

- A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF - 1ª Região*.
- A *Revista* reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.
- As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF - 1ª Região.
- Os originais dos trabalhos publicados, bem como materiais gráficos que os acompanhem, não serão devolvidos aos seus autores.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de conclusões.
- A *Revista* reserva-se o direito de não publicar trabalhos que não sejam inéditos, ressalvados os casos excepcionais.

Normas para elaboração dos trabalhos

- Os trabalhos encaminhados à *Revista* devem estar digitados na versão do Word (ambiente Windows), na fonte *Times New Roman*, corpo 12, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e tamanho A4, com títulos e subtítulos destacados do corpo do texto. Solicita-se que sejam enviados em disquete de computador, juntamente com as laudas impressas, ou encaminhados para o *e-mail* revista@trf1.gov.br .
- Utilizar somente itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado.
- As referências bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- As notas bibliográficas devem estar numeradas e listadas no final e não no rodapé do texto.
- Os trabalhos, redigidos em português, devem expressar produção inédita ou recente, com observância, também, da norma culta da Língua Portuguesa. Na seção intitulada “Artigos Doutrinários”, deverão conter no mínimo 10 (dez) e no máximo 30 (trinta) laudas e, na seção “Tópicos Jurídicos”, podem conter entre 2 (duas) e 9 (nove) laudas.
- A *Revista do TRF-1ª Região* se reserva o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.
- Para dirimir eventuais dúvidas, ligar nos telefones: 314-5377, 314-5451 ou pelo *e-mail* revista@trf1.gov.br

Ficha Técnica

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – PRIMEIRA REGIÃO

Desembargador Federal Olindo Menezes – Diretor

Secretaria Judiciária – Secju

Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação – Cojud

Divisão de Divulgação Institucional – Didiv

Coordenação

Grazielle Frota Monte Coelho

Supervisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Edição/Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Maria Benáurea Santos

Entrevista

Martha Hormann

Editoração Eletrônica

Fábia Cristina de Barros

Luciana Fernandes Menezes

Maria Carolina de Souza Ribeiro

Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Distribuição

Luís Henrique Lavarini – prestador de serviços

Zilda Maria Regina Dutra

Trabalho de Degravação/Entrevista

Coordenadoria de Taquigrafia

Reprodução

Divisão de Serviços Gráficos/Secad

Confecção de fotolitos

Technoarte Bureau & Fotolito Digital

© Tribunal Regional Federal 1ª Região

Divisão de Divulgação Institucional – Didiv/Cojud

Praça dos Tribunais Superiores, Bloco “A” – Ed. Sede – Sala 13 – Térreo

70095-900 – Brasília/DF

Telefones: (61) 314-5377 e 314-5451 – Fax (61) 226-6538

E-mail: revista@trf1.gov.br

As opiniões emanadas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade de seus respectivos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista.

A revisão textual abarca Entrevista, Artigos Doutrinários, Tópicos Jurídicos e Breviário. Quanto aos demais (Acórdãos e Decisões Monocráticas), em virtude de sua publicação em meio de comunicação oficial, conservam a escritura original, nos quais esta Revista restringiu-se a realizar os trabalhos de diagramação, conferência com os originais e padronização.

Esta revista é repositório oficial de jurisprudência, conforme art. 378, III, do RITRF - 1ª Região

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. – Vol. 1, n. 1
(out./dez. 1989) – . – Brasília: TRF-1ª Região, 1989-
v.

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal Regional Federal –
Jurisprudência

– Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal. Região 1.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Divisão de Biblioteca do TRF - 1ª Região